Der Begriff des freien Ermessens

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde

eines Doktors der Rechtswissenschaft

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Meinhard Friedrich Burckhardt

Gerichtsreferendar aus Burg, Bez. Magdeburg

Carl Nieft, Buchdruckerei und Verlag, Bleicherode a. H.

1937

Berichterstatter: Professor Dr. A. Wegner

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Diese Dissertation ist gleichzeitig als Broschüre
im Verlag Carl Nieft, Bleicherode a. H., erschienen

Meinen Eltern!

Inhalt.

Seite

A. Einleitung.

Vorwissenschaftliche Betrachtungen über ein freies Ermessen . . 11

B. Hauptteil.

I. Darstellung und Kritik der wichtigsten Lehrmeinungen vom freien Ermessen.

1. Besondere Darstellung.

a) Ermessen als Freiheit bei der „Wahrnehmung des öffentlichen Interesses durch die Staatsbehörden“ 17

b) Ermessen als Freiheit bei der „Gesetzesvollziehung“ der Verwaltung 32

c) Ermessen als Freiheit bei der „Rechtsverwirklichung“ ganz allgemein 51

aa) Freies Ermessen bei Gegebensein von „Gesetzeslücken“ 53

bb) Freies Ermessen bei Gegebensein von „unbestimmten Begriffen“ 61

cc) Freies Ermessen in jedem Falle einer „Rechtsverwirklichung“ 77

2. Allgemeine Kennzeichnung 99

II. Begründung des eigenen Standpunktes.

1. Wesensbestimmung des freien Ermessens 117

2. Feststellung des Begriffsinhaltes freien Ermessens . . . 128

a) Das freie Ermessen ein Handeln 129

b) Das freie Ermessen ein dem Rechte unterworfenes Handeln 134

c) Das freie Ermessen ein Handeln der Staatsbehörden . . 138

d) Das freie Ermessen ein schöpferisches Handeln . . . 140

e) Das freie Ermessen ein vom Recht nicht positiv geregeltes Handeln 156

C. Schluß.

Die Bedeutung der Erziehung für eine richtige Ausübung freien Ermessens 169

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Adickes, Franz: Zur Lehre von den Rechtsquellen. 1872.

Allfeld, Philipp: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig und Erlangen 1922.

Bähr, Otto: Der Rechtsstaat. Göttingen 1864.

Bauch, Bruno: Wahrheit, Wert und Wirklichkeit. Leipzig 1923.

Bernatzik, Edmund: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Wien 1886.

Beradt, M.: Der deutsche Richter. 1930.

Binder, Julius: Philosophie des Rechts. Berlin 1925.

— System der Rechtsphilosophie. Berlin 1937.

— Grundlegung zur Rechtsphilosophie. Tübingen 1935.

— Fichte und die Nation. Aufs. in Logos X S. 300 ff.

Boeckh, August: Enzyklopädie und Methodologie der philologischen Wissenschaften. 1877.

Bühler, Ottmar: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung. Berlin 1914.

Bülow, Oskar: Gesetz und Richteramt. Leipzig 1885.

van Calker, Fritz: Einführung in die Politik. München, Berlin und Leipzig 1927.

Dilthey, Wilhelm: Gesammelte Werke, herausgegeben von G. Misch, Bd. II.

— Studien zur Grundlegung der Geisteswissenschaften.

zu Dohna, Alex., Graf: Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. Halle 1905.

Drost, Heinrich: Das Ermessen des Strafrichters. Berlin 1930.

Ehrlich, Eugen: Die Grundlagen der Soziologie des Rechtes. 1913.

— Die Tatsachen des Gewohnheitsrechtes. Leipzig und Wien 1907.

Erdmann, Karl Otto: Die Bedeutung des Wortes. Leipzig 1925.

Fichte, Gottlieb: Grundzüge des gegenwärtigen Zeitalters. Gesammelte Werke Bd. VII, S. 211 ff.

Finger, August: In „Gerichtssaal" Bd. 98, S. 448 ff.

Fleiner, Fritz: Einzelrecht und öffentliches Interesse. Aufs. in der Festgabe für Paul Laband, Bd. II, S. 11 ff. 1925.

— Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes. Tübingen 1922 und Tübingen 1928.

Freyer, Hans: Theorie des objektiven Geistes. 1928.

v. Freytag-Loringhoven, Frh.: Richterliche Entscheidung des Locarno-Streites, Aufs. in der „Deutschen Juristen-Zeitung", 1936 S. 403.

Fuchs, Ernst: Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz. 1909.

Goez, Karl: Verwaltungsrechtspflege in Württemberg. 1902.

Goldschmidt, James: Der Prozeß als Rechtslage. 1925.

Hatschek, Julius: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechtes. Leipzig 1931.

Heck, Philipp: Interessenjurisprudenz. Tübingen 1933.
— Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Tübingen 1914.
Hedemann, Justus W.: Die Flucht in die Generalklauseln. Tübingen 1933.
Hegel, Friedrich: Grundlinien der Philosophie des Rechtes (1820). Philosophische Bibliothek Bd. 120.
Heilbron, Brigitte: Freies pflichtmäßiges Ermessen des Richters. Breslau 1929.
Hein, Wolfgang: Identität der Parteien, Bd. I. Berlin und Leipzig 1918.
— Besprechung eines Urteils in der Juristischen Wochenschrift, 1924 I S. 2065.
Henkel, Heinrich: Strafrichter und Gesetz im neuen Staate. Hamburg 1934.
Hensel, Albert: Die Abänderung des Steuertatbestandes durch freies Ermessen und der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz. Aufs. in der Vierteljahrsschrift für Steuer und Finanzrecht Bd. I.
Herrnritt, Rud. H.: Grundlehren des Verwaltungsrechtes. Tübingen 1921.
Höhn, Reinhard: Der Führerstaat in der Verwaltung. Aufs. in „Deutsches Recht" 1936, S. 304 ff.
Hofacker, Wilhelm: Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform, Berlin 1919.
Huber, Ernst Rud.: Reichsgewalt und Staatsgerichtshof. Oldenburg o. J.
— Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechtes. Berlin 1935.
Isay, Hermann: Rechtsnorm und Entscheidung. Berlin 1929.
Jellineck, Georg: Allgemeine Staatslehre. Berlin 1929.
Jellineck, Walter: Verwaltungsrecht. Berlin 1929.
— Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Tübingen 1913.
v. Jhering, Rudolf: Der Zweck im Recht Bd. I. Leipzig 1877.
— Recht und Sitte. Eine Auswahl aus seinen Werken. München o. J.
Jodl, Friedrich: Vom wahren und vom falschen Idealismus. 1914.
Jung, Erich: Das Problem des natürlichen Rechts. Leipzig 1912.
Kant, Immanuel: Kritik der Urteilskraft. 1790.
— Kritik der reinen Vernunft. 1781 (1787).
— Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. 1797.
Kantorowicz, Herm.: Rechtswissenschaft und Soziologie. Tübingen 1911.
— Kampf um die Rechtswissenschaft. 1908.
— Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre. Mannheim, Berlin, Leipzig 1925.
Kelsen, Hans: Reine Rechtslehre. Leipzig und Wien. 1934.
— Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen 1911.
— Vom Wesen und Wert der Demokratie. 1920.
v. Köhler, Ludwig: Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechtes. Stuttgart-Berlin 1935.
Koellreutter, Otto: Grundriß der allgemeinen Staatslehre. Tübingen 1933.
— Deutsches Verfassungsrecht. Berlin 1935.
— Das Wesen des Politischen in der Verwaltung. Aufs., veröffentlicht im Verwaltungsblatt 1933 S. 481 ff.

Kunz, Josef L.: Aufs. in der Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. IV.
Laband, Paul: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. II. Tübingen 1878.
Larenz, Karl: Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart. Berlin 1931.
Lask, Emil: Die Lehre vom Urteil. 1913.
Lauer, Klaus: Die Polizei im nationalsozialistischen Staat. Hamburg 1935.
v. Laun, Rudolf: Das freie Ermessen und seine Grenzen. Leipzig und Wien 1910.
— Zum Problem des freien Ermessens. Aufs. in der Festschrift für Ernst Zitelmann 1913.
— Eine Theorie vom natürlichen Recht. Aufs. im Archiv für öffentliches Recht, Bd. 30 S. 369 ff.
Lenz, Georg: Politisches Staatsrecht. Hamburg o. J.
Lobe, Adolf: Mängel unseres Rechtslebens. Aufs. im „Recht". 1913. S. 691 ff.
Loening, Edgar: Die Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile. Aufs. im Verwaltungsarchiv Bd. VII, S. 1 ff.
Mannheim, Hermann: Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren. Berlin 1925.
Maier, Heinrich: Psychologie des emotionalen Denkens. Tübingen 1908.
Mayer, Max Ernst: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Heidelberg 1916.
— Rechtsphilosophie. Berlin 1926.
Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. I. Leipzig 1895 und München-Leipzig 1924.
Merkl, Adolf: Allgemeines Verwaltungsrecht. Wien, Berlin 1927.
— Die Lehre von der Rechtskraft. 1923.
Meyer, Georg: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes. Teil I. Leipzig 1883.
Mezger, Edmund: Die subjektiven Unrechtselemente. Aufs. im „Gerichtssaal" Bd. 89 S. 207 ff.
Nawiasky, Hans: Das freie Ermessen und seine Grenzen. Aufs. in der Allgem. Österr. Gerichtszeitung, 62. Jahrgang S. 234 ff.
Nietzsche, Friedr.: Zarathustra. 1884. Volks-Nietzsche Bd. III.
Nikolai, Helmut: Der Neuaufbau des Reiches nach dem Reichsreformgesetz vom 30. Januar 1934. Berlin 1934.
Oertmann, Paul: Gesetzeszwang und Richterfreiheit. Leipzig 1909.
— Die staatsbürgerliche Freiheit und das freie Ermessen der Behörden. Leipzig 1912.
— Freies und unfreies Ermessen. Aufs. in der Deutschen Juristen-Zeitung 1912 S. 186 ff.
Peters, Karl: Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen. Berlin 1932.
Plappert, Werner: Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das freie Ermessen in ihrer Bedeutung für den Artikel 13 des Württb. Ges. über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dez. 1876. Stuttgart 1929.
v. Pufendorf, Samuel: Jus naturale et gentium.
Radbruch, Gustav: Rechtsphilosophie. Leipzig 1932.
— Grundzüge der Rechtsphilosophie. 1914.
— Einführung in die Rechtswissenschaft. Leipzig 1925.

Reichel, Hans: Gesetz und Richterspruch. Zur Orientierung über Rechtsquellen und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart. Zürich 1915.

— Zu den Einleitungsartikeln des Schweizer Zivilgesetzbuches. Aufs. in der Festgabe für Rudolf Stammler. 1926.

Rosenzweig, Franz: Hegel und der Staat. Bd. I. München 1920.

Rümelin, Max: Werturteile und Willensentscheidungen. 1895.

v. Sarwey, Otto: Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege. Tübingen 1880.

Sauer, Wilhelm: Die grundsätzliche Bedeutung der höchstrichterlichen Rechtsprechung für Praxis und Wissenschaft. Aufs. in der Festschrift fürs Reichsgericht, Bd. I (1929), S. 122.

v. Savigny, Friedr. K.: System des heutigen römischen Rechts. Bd. II. Berlin 1841.

Scheuner, Ulrich: Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte. Aufs. im „Gerichtssaal" Bd. 33, S. 68 ff.

Schmidt, Heinrich: Philosophisches Wörterbuch. Leipzig 1934.

Schmitt, Karl: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. Hamburg 1934.

— Der Begriff des Politischen. München 1932.

— Über die Diktatur des Reichspräsidenten. Aufs. in den Veröffentlichungen der Vereinigung der Staatsrechtslehrer, Heft I (1924).

Schulze, Hermann: Das Preußische Staatsrecht. Bd. I, 2. Aufl. Leipzig 1888.

Schwarz, Hermann: Systemdarstellung, Deutsche systematische Philosophie nach ihren Gestaltern, Bd. I, 1931.

Schwinge, Erich: Grundlehren des Revisionsrechtes. Bonn 1935.

— Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Bonn 1930.

Seuffert, Lothar: Über richterliches Ermessen. Gießen 1880.

v. Seydel, Max: Bayerisches Staatsrecht, Bd. II. 1913.

Sigwart, Christoph: Logik Bd. I. Tübingen 1924.

Somló, Felix: Juristische Grundlehre. 1917.

Spann, Othmar: Der wahre Staat. 1931.

— Kurzgefaßtes System der Gesellschaftslehre. Berlin 1924.

Stahl, Friedr. Jul.: Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht. Bd. II. Heidelberg 1837.

— Die Staatslehre und die Prinzipien des Staatsrechtes. Heidelberg 1856.

Stammler, Rudolf: Die Lehre vom richtigen Recht. Berlin 1902.

— Lehrbuch der Rechtsphilosophie. Berlin und Leipzig 1928.

— Die grundsätzliche Aufgabe des Juristen in Rechtsprechung und Verwaltung. Aufs. in der Sammlung rechtsphilosophischer Vorträge und Abhandlungen, Bd. I, S. 241.

Stein, Friedrich: Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts. Tübingen 1924.

v. Stein, Lorenz: Abhdl. in Stengels Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechtes, 1892 S. 709 ff.

v. Stengel, Karl Frh.: Verwaltungsgerichtsbarkeit und die öffentlichen Rechte. Aufs. im Verwaltungsarchiv, Bd. 3, S. 176.

Stier-Somlo, Fritz: Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, Aufs. in der Festschrift für Laband, Bd. II, S. 445 ff. (2. Abdr. 1925).

— Politik. Leipzig 1921.

Tezner, Friedrich: Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden. Leipzig und Wien 1924.

— Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte. Wien 1888.

Teuffel, Eberhard: Die Rechtsbeschwerde nach dem Württembergischen Gesetze über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. 12. 1876. Tüb. Diss. 1915.

v. Tolstoj, Lew Graf: Das Gesetz der Gewalt und das Gesetz der Liebe. 1909.

v. Treitschke, H.: Politik, Bd. II, 4. Aufl.

Thomsen, Andreas: Das deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil. 1906.

Ulbrich, Josef: Der Rechtsbegriff der Verwaltung, Aufs. in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. IX S. 1 ff.

Waldecker, Ludwig: Allgemeine Staatslehre. Berlin 1927.

Wechsler, Eduard: Esprit und Geist, Versuch einer vergleichenden Wesenskunde der Deutschen und Franzosen. 1927.

Weyr, Franz: Die Frage einer Übertragung der gesetzgebenden Gewalt. Aufs. in der Internationalen Zeitschrift für Theorie des Rechtes, Bd. I.

v. Wiese, Leopold: Aufs. in dem von Chr. Eckert i. J. 1923 herausgegebenen Taschenbuch für Kaufleute. S. 195 ff.

Windelband, Wilhelm: Präludien, Tübingen 1921.

Zitelmann, Ernst: Lücken im Recht. Leipzig 1903.

Zorn, Philipp: Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit. Aufs. im Verwaltungsarchiv, Bd. II S. 75 ff.

— Zum Problem der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Aufs. in der Bonner Festgabe für Krüger (1911) S. 511 ff.

Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichtes und des Reichsgerichtes in Strafsachen.

Immer wieder, wenn wir sinnen,
Stürzt die Welt in wilde Stücke.
Immer wieder, still von innen,
Fügen wir die schöne Brücke.

Richard Dehmel.

A. Einleitung.

Vorwissenschaftliche Betrachtungen über ein freies Ermessen.

Die Rechtsordnung bezieht sich nur auf das menschliche Zusammenleben. Auf alles andere Geschehen sucht sie keinen Einfluß auszuüben. Diese Beschränkung ist im Rechtswerte selbst begründet.[1]) Er stellt uns seinem Inhalte nach bekanntermaßen vor die Aufgabe, die menschliche Gemeinschaft durch Aufstellung von Normen zu ermöglichen. Das Recht, als Inbegriff dieser Normen,[2]) kann also lediglich für das Gemeinschaftsleben und für nichts weiteres Bedeutung haben.

Ungleich schwieriger als die Frage nach dem Gegenstande des Rechtes ist die daran anknüpfende weitere Frage zu beantworten, wie es sich mit der Vollständigkeit der rechtlichen Regelung des sozialen Lebens verhält. Gewiß vermag das Recht den ganzen Bereich der gesellschaftlichen Beziehungen von sich aus zu beherrschen. Darf man aber daraus folgern, daß es tatsächlich die bedingende Form jeder sozialen Wirklichkeit ist?

Ein flüchtiger Blick auf das Gemeinschaftsleben belehrt uns eines anderen.

Große Teile desselben sind rechtlich überhaupt nicht oder doch nur in sehr geringem Umfange positiv geregelt.

In diesem Zusammenhange denke man an die gesetzliche Behandlung von Spiel und Wette, an die religiösen Beziehungen der Menschen zueinander; man denke ferner an das große Gebiet, das nur durch konventionelle Regeln normiert ist, durch die Normen der Sitte, der Ehre, der Mode usw. Im Bezirk des eigentlichen Staatslebens trifft man ebenfalls rechtsleere Gebiete an. Nicht nur die Pflege auswärtiger Beziehungen, auch die Führung der sogenannten staatsleitenden Geschäfte auf dem Gebiete der Innenpolitik ist rechtlich völlig frei und ungehemmt. Man denke weiterhin an das große Feld staatlicher Jugendertüchtigung und Jugenderziehung, das nur von wenigen gesetzlichen Bestimmungen berührt wird. Selbst da, wo der Staat am allerstärksten den einzelnen Menschen ergreift, beim Militärdienst in Krieg und Frieden, gibt es nur wenige einschlägige Gesetze.

[1]) Andernfalls wäre sie schlechthin unsinnig.
[2]) Über die Wirklichkeit des Rechtes in der Norm vergl. unten S. 88 f.

Aber auch jene Gebiete des gesellschaftlichen Lebens, die eine intensive rechtliche Regelung erfahren haben, sind nicht in all ihren einzelnen Formen auf den Befehl einer Rechtsnorm zurückzuführen.

Der Gesetzgeber hat teilweise ganze Komplexe einzelner Handlungen unbestimmt gelassen. Beispiele dafür sind: Die Vertragsfreiheit auf dem Gebiete des Rechtsverkehres, der freie Sachgebrauch des Eigentümers im Verhältnis von Person zur Sache, die freie Beweiswürdigung des Richters im Prozeß, die freie Wahrnehmung polizeilicher Befugnisse durch den Vorsitzenden während einer Gerichtssitzung, die freie Erforschung des Sachverhaltes durch die Strafverfolgungsbehörden, die freie Ausübung der Aufsicht über Pflegekinder durch das Jugendamt auf dem Gebiete der Jugendwohlfahrt usw.

Eine mehr eingeschränkte Rechtsfreiheit ist fernerhin dort gegeben, wo im Einzelfalle entweder die Voraussetzungen des Handelns oder das Handeln selbst teilweise und auch in vollem Umfange der näheren Bestimmung des Normadressaten überlassen ist. — Man erinnere sich hier an die oftmals weitgehenden Befugnisse, die das Recht dem Einzelnen verleiht. Sie kommen größtenteils in „Kann"- und „Darf-Vorschriften" des Gesetzes zum Ausdruck. Man erinnere sich weiterhin an das Handeln nach Rechtsbestimmungen, in denen zur Bezeichnung des Tatbestandes oder der Rechtsfolge wertungsfordernde Merkmale aufgestellt worden sind.

Darüber hinaus zeigt sich auch bei den Handlungen eines Menschen, die im Gesetze näher bezeichnet sind, ein Element freier Tätigkeit. — Das einem Gesetzesbefehle entsprechende Verhalten weist in seiner Tatsächlichkeit eine Fülle von Einzelzügen auf. Demgegenüber begnügt sich das Gesetz — was die Voraussetzungen und das Verhalten selbst anbetrifft — mit der Hervorhebung bestimmter rechtlich erheblicher Momente und fordert lediglich deren Beachtung. Alle anderen Gegebenheiten der individuellen Situation und des daraufhin geforderten Verhaltens läßt sie unberücksichtigt. Ein Beispiel mag diese Ausführungen verdeutlichen: Nach § 127 St.P.O. ist jedermann befugt, beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen eine Person festzunehmen. Über die Art und Weise der Festnahme ist nichts gesagt. Das Gesetz fordert lediglich, daß die von ihr für zulässig erklärte Handlung den Charakter einer Festnahme habe. Der Berechtigte kann den Verbrecher mithin durch Handauflegen, durch Bedrohung mit der Waffe, durch rücksichtsloses Überwältigen, möglichst unauffällig, dann wieder in augenscheinlicher Weise festhalten. Die Abführung, die ja auch ein Teil der Festnahme ist, kann durch Aufforderung, durch Bedrohung, durch Gewalt eingeleitet werden. Den Transport selbst kann man natürlich auch auf die verschiedenste Weise durchführen. Wenn man nun noch

bedenkt, daß die Modalitäten der Festnahmehandlung in diesem Zusammenhange nur grob angedeutet werden konnten, dann fühlt man sich noch mehr zu der Feststellung verpflichtet, daß innerhalb der Schranken des Rechtes — auch da, wo sie scheinbar recht nahe aufeinander gerückt sind — eine ungeahnte Bewegungsmöglichkeit gegeben ist.

*

Die Erkenntnis, daß die Rechtsordnung nicht das Ganze des gesellschaftlichen Lebens mit all seinen vielfältig verschlungenen Verknüpfungen ergreift[3]), sondern die Ausgestaltung weiter Teile der freien Disposition des Einzelnen überläßt, war in Juristenkreisen früh verbreitet. Schon Stahl sah sich in seiner 1837 erschienenen Schrift „Rechtsphilosophie nach geschichtlicher Ansicht"[4]) zu der Feststellung veranlaßt, die Versorgung des Staates beschränke sich keineswegs auf die Vollziehung bestimmter Gesetze, sondern erfordere darüber hinaus das Verfolgen von Zwecken, die im Gesetze nicht vorgeschrieben seien. Laband hat ähnliches über die Erfüllung privater Lebensansprüche ausgesagt[5]).

Brachte man nun zunächst für alle jene Fälle, wo sich das soziale Leben nicht in den Formen des Rechtes abspielt, ein wissenschaftliches Interesse auf, so beschränkte man sich bald — aus Gründen, die der Weltanschauung des Liberalismus zu entnehmen sind[6]) — auf eine Beachtung der speziell den Staatsbeamten vom Rechte konzedierten Handlungsfreiheit. Diese hielt man anfänglich nur auf dem Gebiete der Verwaltung für gegeben. Erst später glaubte man, ähnliche Verhältnisse auch bei der Rechtsprechung feststellen zu müssen. Man fühlte sich dazu weniger durch das Maß eigener Initiative veranlaßt, das der Richter bei der Prozeßführung entwickeln kann, man dachte dabei hauptsächlich an gewisse Freiheiten bei der Rechtsanwendung (Rechtsbeurteilung) selbst[7]).

[3]) Daß die rechtlichen Beziehungen ein minus gegenüber den gesellschaftlichen Verknüpfungen darstellen, empfinden wir jedesmal, wenn wir in schwer entwirrbaren persönlichen Beziehungen es als den letzten Ausweg ansehen, die Sache einmal rein juristisch zu betrachten.

[4]) S. 43.

[5]) Laband, Staatsrecht II, S. 203.

[6]) Vergl. die Ausführungen unten auf S. 104 und S. 138 f.

[7]) Charakteristisch sind dafür folgende Ausführungen Stier-Somlos: „Daß die Rechtsprechung ein freies Ermessen hat, ist, soweit es sich um die Strafgerichtsbarkeit handelt, immer anerkannt worden. Dies nicht nur mit Rücksicht auf die erhebliche Freiheit, die in bezug auf das Maß der Beweiserhebung und hinsichtlich der freien Würdigung der Beweisaufnahme waltet; es ist vornehmlich an die Milderungs- und an die Strafausschließungsgründe, sowie an die vom Gesetz gewährte Verschiedenheit des Strafmaßes zu denken." (Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, Festschrift S. 457.)

Gleichzeitig mit allen diesen mehr oder weniger zutreffenden Erkenntnissen tauchte die Frage nach dem Inhalte der den Staatsorganen vom Rechte eingeräumten Betätigungsfreiheit auf, und daran knüpfte sich dann die weitere Frage[8]) nach den Grenzen dieser Freiheit und den Folgen ihrer Überschreitung. Das mit der letzten Frage aufgeworfene Problem war es nun im Grunde genommen, das die Juristen schließlich dazu veranlaßte, alle jene Fälle, in denen der Staatsbeamte nicht durch das Recht, sondern anscheinend nur durch sich selbst zum Handeln bestimmt wird, in dem Begriffe des „freien Ermessens"[9]) zusammenzufassen und an diese Begriffsbildung eine lebhafte Diskussion zu knüpfen.

Mit diesem Inhalte ist das Ermessensproblem seit fast 100 Jahren Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen gewesen. In dieser Zeit ist jedoch weder in der Theorie noch in der Praxis eine klare, allseitig befriedigende und allgemein anerkannte Anschauung darüber erreicht worden, was unter freiem Ermessen überhaupt zu verstehen ist[10]). Die Meinungen der Schriftsteller gehen in dieser Frage weit auseinander.

Einige halten das Ermessen für eine besondere Art der Staatstätigkeit, die im Gegensatze zu bloßer Gesetzesvollziehung nur vom Gemeininteresse, aber von keiner speziellen Rechtsregel beherrscht würde[11]), andere wiederum meinen, daß das freie Ermessen ein notwendiger Bestandteil gerade jeder Gesetzesvollziehung sei[12]). Während die gerichtliche Praxis in allen Amtshandlungen nur Gesetzesvollziehung sieht[13]) und auch das Er-

[8]) Von Zorn die „quaestio diabolica" genannt. Vergl. Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit i. Verwaltungsarchiv Bd. 2, S. 82.

[9]) Diese Bezeichnung wird von einigen Schriftstellern als wenig glücklich bezeichnet: Seydel, Bayrisches Staatsrecht II, S. 440, Anm. 4: „Es wäre zu wünschen gewesen, daß sich dieser Ausdruck (freies Ermessen) nicht eingebürgert hätte, da er zu unrichtiger Rechtsauffassung führt." Kelsen, Hauptprobleme S. 503 Anm.: „Diese Vielseitigkeit des Wortes (Ermessen) ... ist ein Hauptgrund für die Schwierigkeiten, die bei der Diskussion des Problems aufgetaucht sind." Tezner, Zur Lehre vom freien Ermessen der Verwaltungsbehörden, S. 29: „Der Ausdruck ‚freies Ermessen' entbehrt wegen der Mannigfaltigkeit seiner Bedeutungen jeden wissenschaftlichen Wertes."

[10]) Hermann Mannheim führt in diesem Sinne aus: „Die an Umfang und Inhalt so überaus reiche neuere verwaltungsrechtliche Literatur über den Begriff des freien Ermessens hat uns völlige Klarheit und Einhelligkeit über das Wesen dieser Rechtserscheinung leider nicht gebracht. Es gibt wohl kaum eine Aussage darüber, was freies Ermessen ist, oder auch darüber, was freies Ermessen nicht ist, die sich allgemeiner Anerkennung rühmen könnte." (Beiträge zur Lehre von der Revision, S. 148.) Otmar Bühler erklärt: „W. Jellinek bemerkt nicht mit Unrecht, daß über der Lehre bis jetzt kein günstiger Stern gewaltet habe; die Frage ist nur, ob ihre Behandlung in seinem Buche die Eröffnung einer glücklicheren Ära bedeutet." (Subjektive öffentliche Rechte, S. 162.)

[11]) So z. B. Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 616 ff.

[12]) Z. B. Adolf Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 140 ff.

[13]) Vergl. Zorn, Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, Verw. Archiv Bd. 2, S. 141.

messen von allen möglichen — geschriebenen und ungeschriebenen, speziellen und ganz allgemeinen — Rechtssätzen inhaltlich bestimmt und äußerlich begrenzt erachtet, ist für den ausübenden Beamten selbst — insbesondere den Verwaltungsbeamten — die Durchführung seiner Tätigkeit unter rechtlichen Gesichtspunkten wenig naheliegend. Er trifft seine Maßnahmen nach „Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit" und „bestimmt sein freies Ermessen — nach eigenem freien Ermessen, indem er selbst die vom Gesetz gewollten Grenzen... nach Subjektivität absteckt"[14]).

*

Die allgemeine Unsicherheit, die in diesen Fragen herrscht, hat uns nun dazu veranlaßt, die Eigenart freien Ermessens aufs neue zu klären und begrifflich zu fixieren.

Wir sind uns von vornherein darüber klar, daß die Lösung dieser Aufgabe nicht eine Angelegenheit eigentlich rechtswissenschaftlicher Forschung ist. Sie bedarf notwendig der darüber hinausschauenden rechtsphilosophischen Erörterung[15]). Handelt es sich doch in diesem Falle zunächst gar nicht um die Sinnerfassung einzelner positiver Rechtsnormen, sondern um die Sinnerfassung des Kulturwertes „Recht" ganz allgemein, insbesondere um die Herausstellung seiner Beziehungen zu anderen Kulturwerten und zur Wirklichkeit des sozialen Lebens. Die Rechtswissenschaft aber, rein immanent wie sie ist, gefangen und befangen in einer bestimmten Rechtsordnung, vermag darüber nicht zu entscheiden. Allein die Philosophie kann diese größeren Zusammenhänge herstellen und über sie aussagen. Einen weiteren Grund für die Heranziehung der Philosophie gibt die Tatsache ab, daß das Material, aus dem der Ermessensbegriff zu bilden ist, nicht die Rechtsnormen sind, sondern — wie wir jetzt schon erkannt haben — ein Stück sozialer Wirklichkeit[16]). Einen derartigen Stoff vermag jedoch der Jurist nicht zu bearbeiten. Er ist an die Rechtsnormen und ihren Sinngehalt gebunden. Hier vermag nur der Soziologe oder der alles überschauende Philosoph zu Erkenntnissen zu gelangen. Da es sich nun in unserem Falle nicht darum handelt, eine Lebenserscheinung einfach festzustellen und zu registrieren, sondern darum, sie als sinnvoll, als berechtigt und notwendig anzuerkennen, sie in einer

[14]) Stier-Somlo, Freies Ermessen, Festschrift S. 511.

[15]) Über das problematische Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie vgl. die Ausführungen bei Binder, Grundlegung zur Rechtsphilosophie S. 1 ff. und bei M. E. Mayer, Rechtsphilosophie S. 1 ff.

[16]) Schon hier soll hervorgehoben werden, daß „soziales Leben" und „Recht" nicht zusammenfallen. Beide liegen zwar in derselben Sphäre der Wirklichkeit, sind aber doch verschiedene Gegenstände dieser Wirklichkeit Das Recht ist ein Inbegriff von Normen, wenn auch von wirklich seienden Normen, das soziale Leben ist die Wirklichkeit von Menschen, die innerhalb einer Gemeinschaft handeln und schaffen.

geistigen Welt zu begründen, kann nicht der Soziologe, sondern nur der Philosoph das Wort haben.

Mit der Standortbestimmung „freien Ermessens" im Bereiche der Wirklichkeit des sozialen Lebens soll freilich nicht gesagt sein, daß es ohne Rücksicht auf seine Beziehungen zur Rechtsordnung zu begreifen wäre. Da wir mit unserer Arbeit vornehmlich der Rechtspraxis dienen wollen, so muß auch dieses Moment unsere Berücksichtigung finden. Freilich dürfen wir es nicht ausschließlich zum Gegenstand der Begriffsbildung machen. Wir würden auf diese Weise bestenfalls zu einem Inbegriff von Rechtsnormen gelangen, niemals aber zu einem Begriff „freien Ermessens". Wenn gewisse Schriftsteller gleichwohl glauben, das freie Ermessen „rein juristisch" begreifen zu können[17]), so ist dieser Standpunkt in keiner Weise haltbar. Beruht er doch einfach auf der Verwechslung von „freiem Ermessen" und Ermessensrecht. Das, was jene Juristen definieren[18]), ist der Gegenstand ihrer Disziplin, das Recht. Vom „freien Ermessen" aber kann es nur einen Begriff geben, der zwar die Rechtsbeziehungen freien Ermessens nicht ausscheidet, aber auch seine materielle Wirklichkeit nicht beiseite läßt, in dem also das sogenannte soziologische und das juristische Moment in gleicher Weise enthalten sind.

[17]) Gemeint sind Mayer, Fleiner, Hofacker u. a. Vgl. die Ausführungen unten in Kapitel B I 1 b.

[18]) Allerdings unrichtig definieren!

B. Hauptteil.

I. Darstellung und Kritik der wichtigsten Lehrmeinungen vom freien Ermessen.

1. Besondere Darstellung.

a) Ermessen als Freiheit bei der „Wahrnehmung des öffentlichen Interesses durch die Staatsbehörden".

Der geschichtliche Ausgangspunkt einer Erörterung des Ermessensproblems ist die Durchführung der Gewaltenteilung[19]), die zugunsten der natürlichen und unverjährbaren Freiheit des Individuums in den Revolutionsstürmen um die Wende des 18. Jahrhunderts in Frankreich erfolgt war und sich im Anschluß daran auch im Leben der anderen westeuropäischen Staaten durchgesetzt hatte. Danach war die Gesetzgebung gemeinsame Sache des Volkes und des Souveräns, die Rechtsprechung wurde unabhängigen Gerichten übertragen, lediglich die Regierung im weiteren Sinne blieb der Initiative des Herrschers überlassen.

Der Bedeutung nach die erste der drei Gewalten — die Gesetzgebung — „war nicht auf unmittelbare Lenkung und Beherrschung gerichtet, sondern auf die Erzeugung der rechtlichen Normen"[20]). „Die Gerichte haben Gesetz und Recht zu realisieren. Für sie bildet Recht und Gesetz das ausschließliche Prinzip der Tätigkeit"[21]). „Die Regierungsgewalt hat ihr positives Prinzip in dem ihrer Obsorge anheimgestellten Interessen, man kann sagen, dem Gemeinwohl"[22]).

Nun glaubte man, daß die Wahrnehmung der Staatsinteressen durch die Regierungsgewalt ein gewisses Maß freier Initiative erfordere. Friedrich Julius Stahl führt in seiner 1837 erschienenen „Philosophie des Rechtes" über die Ausgestaltung der Regierungstätigkeit in dieser Beziehung folgendes aus[23]):

---

[19]) Vergl. Laun, Freies Ermessen, S. 21.
[20]) Stahl, Rechtsphilosophie II, S. 43.
[21]) Bähr, Der Rechtsstaat, S. 52.
[22]) Ebenda.
[23]) S. 43 ff. vergl. die entsprechenden Ausführungen in seiner „Staatslehre", S. 193 ff.

„Die Regierung ist die wirkliche Versorgung des Staates, das Lenken und Beherrschen der Menschen nach seinen Geboten und Zielen. Deshalb überall auf die einzelnen bestimmten Zustände wirkend, bedarf sie steter augenblicklicher individueller Entschließung und Tat, ist daher Sache der Persönlichkeit und nicht des öffentlichen Bewußtseins, Sache der Staatsgewalt und nicht des Volkes; daher übt sie der Souverän nach seinem Ermessen aus".

Die grundsätzlich „individueller Entschließung" (Ermessen) anheimgegebene Tätigkeit bei Ausübung der Regierungsgewalt sollte aber Rechtsregeln nicht etwa entrückt sein, sondern den erlassenen Gesetzen und der Rechtsprechung unabhängiger Gerichte wie jeder Staatsbürger unterstehen[24])[25]).

In diesem Sinne fährt Stahl fort[26]):

„Aber sie ist nicht, wie die Gesetzgebung, ein völlig freier beginnender Akt, sondern abhängig von den bestehenden Gesetzen; daher müssen die Organe ihrer Ausübung zugleich auf das Gesetz verpflichtet sein, damit jener Boden des Gesetzes nicht verlassen werde".

In dieser Unterwerfung der Staatsgewalt unter die Herrschaft unpersönlicher Normen und den Spruch unabhängiger Gerichte liegt in dem Sinne des revolutionären Liberalismus die größte Bedeutung der Gewaltentrennung überhaupt[27]).

„Der Staat soll Rechtsstaat sein, das ist die Losung und auch in Wahrheit der Entwicklungstrieb der neueren Zeit. Er soll die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechtes genau bestimmen und unverbrüchlich sichern und soll die sittlichen Ideen von staatswegen nicht weiter verwirklichen, als es der Rechtssphäre angehört"[28]).

Diese Bindung der ursprünglich freien Regierungstätigkeit durch das Recht mochte indessen schwach oder stärker sein, sie mochte mehrere Möglichkeiten des Handelns offen lassen oder in einer das Ermessen ausschließenden Weise die Bahnen der

---

[24]) Laband, Staatsrecht II, S. 200/201. Vergl. ferner Bähr, Der Rechtsstaat, S. 193 ff.

[25]) Die Tätigkeit der Regierungsbehörden wurde vom Liberalismus nicht etwa in ihrer objektiven Beziehung zum politischen Werte begriffen, sondern wurde auf das handelnde Subjekt bezogen, hatte also lediglich als Ergebnis seines individuellen Denk- und Gefühlslebens Bedeutung. Das Handeln des Beamten im Staatsinteresse unterschied sich mithin von seinem Handeln im Privatinteresse nicht prinzipiell, sondern nur dadurch, daß es im letzten Falle von einer gesteigerten Machtfülle begleitet war. So erklärt es sich, daß Bähr und Laband private und öffentliche Verhältnisse dem objektiven Rechte unterschiedslos unterwarfen.

[26]) Rechtsphilosophie S. 44.

[27]) Vergl. Bähr, Der Rechtsstaat, S. 54.

[28]) Stahl, Die Staatslehre und die Prinzipien des Staatsrechtes, S. 137.

Staatswirksamkeit eindeutig bestimmen, in keinem Falle hielt man sie für fähig, die praktische Durchführung der Regierungsaufgaben zu hindern. In diesem Umstande sollte der markanteste Unterschied zwischen Regierungstätigkeit und bloßer Gesetzesvollziehung der Gerichte gegeben sein. Richterliche Gewalt und Regierungsgewalt — so meinte Bähr — seien zwar beide dem Gesetze unterworfen, aber in durchaus verschiedener Weise:

„Die Gerichte haben Gesetz und Recht zu realisieren. Die Regierungsgewalt hat innerhalb solcher zu walten. Für die Gerichte bilden Recht und Gesetz das positive, innere ausschließliche Prinzip der Tätigkeit. Für die Regierungsgewalt nur die äußere Schranke einer mehr oder weniger freien Tätigkeit, welche ihr postives Prinzip in etwas ganz anderem, in dem ihrer Obsorge anheimgestellten Interessen, man kann sagen dem Gemeinwohl, findet"[29]).

Aus der unter dem Kennwort „Rechtsstaat" erhobenen Forderung nach einer gesetzlichen Durchdringung der „Wirksamkeit" des Staates ergab sich unabweisbar ein Antagonismus von „freiem Ermessen" und „rechtlicher Gebundenheit" bei Wahrnehmung der Staatsinteressen, der, dem „Entwicklungstrieb der neuen Zeit" entsprechend, zu einer immer stärkeren Einmengung „freien Ermessens" durch eine Fülle detaillierter Gesetze führte.

Anfangs trat jedoch die Versorgung des Staates im Wege der Vollziehung bestehender Spezialgesetze nicht besonders augenfällig in die Erscheinung. Sie war auf die Fälle beschränkt, wo es dauernde Bedürfnisse des Staatslebens zu befriedigen galt. Das betraf vor allem die Verfassung und die Rechtspflege

„Es gehört alles ins Bereich des Gesetzes, was in sich selbst als notwendig gilt, sei es als integrierender Bestandteil des öffentlichen Zustandes oder als zugesichertes Recht der Personen"[30]).

Nach den Anschauungen jener Zeit fand die Herrschaft der Rechtsnormen da ihr natürliches Ende, wo die Notwendigkeit bestand, etwas Neues, Positives in schöpferischer Tätigkeit hervorzubringen; denn „die Gesetze sind starr und vermögen sich nicht dem Fluß der Ereignisse anzupassen". So blieb eine Menge von Dingen dem „freien Ermessen" der Regierungsbehörden überlassen. Gänzlich uneingeschränkt sollte freilich ihre Tätigkeit auch in diesen Fällen nicht sein. Die Behörden hätten hier — wie überall — die bestehenden Gesetze zu achten. Aber die Grenzen, welche diese der Amtsausübung zögen, seien nicht so eng, daß die Behörde etwa zu einem genau bestimmten Vorgehen gezwungen wäre. Sie träten mehr oder weniger zurück, bilden gleichsam gewisse Schutzgebiete und ließen freier Bewegung angeblich ein weites Feld offen.

---

[29]) Bähr, Der Rechtsstaat, S. 52.
[30]) Stahl: Rechtsphilosophie II, S. 46.

Grund und Charakter „freien Ermessens" der Regierungsbehörden und sein Verhältnis zu den Gesetzen hatte Stahl[31]) bei der Erörterung der Polizeiaufgaben festgestellt:

„Es ist ihr Beruf, immer mehr die gemeinsamen Interessen in ihr Bereich zu ziehen, sie immer in höherer Weise zu befriedigen. Ihre Tätigkeit ist dieser Aufgabe entsprechend schöpferisch, und muß deswegen auch frei sein. Nur Schranken dürfen ihr durch das Gesetz gezogen werden, aber den Inhalt ihrer Anordnungen und Tätigkeit darf das Gesetz nicht bestimmen, sondern der Geist und die freie Bestimmung ihrer Lenker und Versorger, welche alle konkreten Umstände und den Erfolg erwägen. Diejenigen verkennen ganz und gar die Natur der Polizei, welche auf Polizeigesetzbücher für die Rechtspflege dringen".

Diese „freie" Tätigkeit sollte grundsätzlich „dem Wesen der eigentlichen Regierung" entsprechen. „Der erste unbefangene Blick auf den Inhalt der meisten Verordnungen, wie sie für die Förderung des Landbaues, der Industrie, des Handels, für Hebung der Bildung, für Sicherheit, für Gesundheit, für Wasser- und Feuersgefahr, für Bequemlichkeit, Verschönerung usw. gegeben werden, muß davon überzeugen, daß sie durchaus nicht zur Erfüllung eines vorausgehenden Gesetzes dienen sollen; sondern auf ein Ziel und einen Erfolg im bewegten Leben gerichtet sind, und auf Mittel dafür, wie die Umstände sie erheischen, und daß gerade in diesen Zwecken die eigentümliche Aufgabe, in dieser freien Wahl die eigentümliche Tätigkeit der Regierung besteht"[32]).

*

Die Vermehrung und innere Ausgestaltung der Verwaltungsaufgaben und die nie verstummende Forderung nach einer immer stärkeren Bindung des Staatsbeamten an abstrakte Normen, führten in der Folgezeit zu einer umfangreichen rechtlichen Regelung der Regierungstätigkeit[33]). Von dieser Entwicklung wurde wiederum die herrschende Anschauung vom „freien Ermessen" der Staatsbehörden berührt und zwar zunächst in dem Sinne, daß sich im Schrifttum allmählich eine grundsätzliche Scheidung von Staatsführung (Regierung im engeren Sinne) und Verwaltung durchsetzte. Die Regierung sollte — Rechtsregeln notwendig entrückt — in ihrer Ausübung dem „freien Ermessen" des Staatsoberhauptes überlassen bleiben, während die Verwaltung als eigentliche Durchführung der politischen Befehle charakterisiert war durch eine stärkere Bindung an das Gesetz.

[31]) Rechtsphilosophie II, S. 338.
[32]) Stahl, Rechtsphilosophie, S. 47/48.
[33]) Vergl. Lorenz v. Stein in Stengels Wörterbuch II, S. 710: „Die Legislatur unserer Zeit ist beinahe ausschließlich eine Legislatur des Verwaltungsrechtes geworden."

Das Ermessensproblem erlebte mithin seine weitere Entwicklung im Gebiete der eigentlichen Verwaltung und zwar zunächst im Gegensatz zur Rechtsprechung, dann aber unter gleicher Berücksichtigung ihrer Funktionen. Als sich viel später die liberale Rechtskontrolle in ihrem fortwährenden Drange nach Ausdehnung in den Bezirken der Staatsleitung Eingang verschaffte, entbrannte auch hier der Meinungsstreit um die Lösung der Frage nach dem Verhältnis von Recht und Ermessen[34]).

In dem jetzt behandelten Entwicklungsstadium sahen sich die Vertreter der herrschenden Meinung, die noch das „freie Ermessen" als ein Charakteristikum der Verwaltung empfanden, zur Berücksichtigung ihrer zunehmenden Vergesetzlichung gezwungen. Laband[35]) führt in diesem Sinne aus, daß die besonderen Verwaltungsgesetze zwar begrifflich die Ausnahme bilden; als Regel ergebe sich für die Verwaltung die freie Tätigkeit innerhalb des Spielraumes, welchen die Gesetze gestatten. Tatsächlich kehre sich aber das Verhältnis um, weil für die zweckmäßige Erfüllung der dem Staate obliegenden Aufgaben gewöhnlich die Aufstellung besonderer Rechtsregeln notwendig oder wenigstens nützlich sei. Freilich „entsteht dadurch nur der Anschein, als sei die Verwaltung nach ihrem Zweck und Wesen Ausführung der Gesetze. Allein mit größerem Rechte könnte man sagen, daß derjenige, welcher die ihm obliegenden Steuern zahlt, welcher seiner Militärpflicht genügt, welcher seine Kinder zur Schule schickt, die Finanzgesetze, das Militärgesetz, die Schulgesetze ausführe"[36]).

Das unaufhaltsame Vordringen der Gesetze zwang die herrschende Meinung zu weiteren Konzessionen. Während v. Stengel[37]) noch erklärt hatte: „Es ist nicht richtig, daß die Verwaltung Gesetzesvollzug ist", sah sich Ulbrich[38]) schon zu folgenden Feststellungen genötigt:

„Gegenüber den durch das objektive Recht aufgestellten Rechtsnormen zwingenden Charakters erscheint allerdings die Verwaltung bloße Vollziehung des Gesetzeswillens. Man wird daher in der Verwaltung das Gebiet der Vollziehung, in welchem die Verwaltung durch Rechtsnormen gebunden und in ihrem freien Ermessen beschränkt ist, von dem Gebiete des „freien Ermessens" unterscheiden müssen".

Diese Unterscheidung verschiedener Formen behördlicher Amtsausübung wurde Gegenstand besonderer Untersuchungen.

---

[34]) Vergl. Huber, Reichsgewalt und Staatsgerichtshof.

[35]) Das Staatsrecht des deutschen Reiches, II Bd. (1878), S. 202.

[36]) Vergl. oben Anm. 25.

[37]) Verwaltungsgerichtsbarkeit und die öffentlichen Rechte im Verw. Arch. Bd. 3, S. 212/213.

[38]) Der Rechtsbegriff der Verwaltung in Grünhuts Zeitschrift, Bd. IX S. 1.

Georg Meyer[39]) zählt zu der gesetzlich gebundenen Verwaltung beispielsweise den Befehl, eine gesetzlich bestehende Abgabe zu zahlen, die Patenterteilung, die Beurkundungen der Standesbeamten[40]), zu der im freien Ermessen stehenden den größten Teil der polizeilichen Gebote und Verbote, viele Konzessionserteilungen, die Verleihung von Naturalisationsurkunden an Angehörige außerdeutscher Staaten.

V. Sarwey[41]) vertritt die Auffassung, daß die ganze Tätigkeit der Organe des Staates auf dem Gebiete des Unterrichts und der Erziehung, der Kunst und Wissenschaft, der Pflege des Handels, der Industrie und der Landwirtschaft, die Tätigkeit der Organe der Verkehrsanstalten, der Eisenbahn und der Telegraphie, zum größeren Teile selbst die ökonomische Verwaltung der Staatsgüter und des Staatsvermögens außerhalb der Rechtsordnung liege.

Die immer mehr in Erscheinung tretende Verflechtung der Ermessensausübung der Verwaltungsbehörden mit gesetzlichen Vorschriften, Befugnissen, Rechtsverordnungen veranlaßten die herrschende Meinung zu immer weitgehenderem Verzicht, die Grenzen zwischen den Ermessensfällen und denen gesetzlicher Gebundenheit in der Verwaltung äußerlich abzustecken. Hatten noch Georg Meyer, Sarwey u. a. geglaubt, Gebiete freien Ermessens von denen der Gesetzesvollziehung scheiden zu können, so entwickelte Stier-Somlo[42]) die Rechtsanschauung, daß Ermessensfälle und Fälle gesetzlicher Bindung nebeneinander in allen Teilen der Verwaltung vorkommen. Unter Einfluß der immer mehr die Geister beherrschenden „Idee" vom Rechtsstaate vertritt er — im Gegensatz zu Sarwey[43]) — die Auffassung[44]), daß die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden nicht ganz außerhalb der Rechtsordnung liegen dürfe. Nach „Ermessen" könnten die Verwaltungsbeamten mithin nur innerhalb der — weit gesteckten — Grenzen des rechtlich geregelten Gebietes tätig werden. Eine sachliche Abgrenzung der Verwaltungszweige, die gesetzlich bestimmt seien, von denen, die dem Ermessen der Behörden überlassen seien, gebe es nicht.

Findet man in diesen und anderen Ausführungen Stier-Somlos eine weitgehende Übereinstimmung mit der hier besprochenen Grundauffassung vom „freien Ermessen", so geht darüber hinaus, was er bezüglich der Art und Ausgestaltung eines „richterlichen Ermessens" feststellt.

---

[39]) Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes, Teil I, S. 27.

[40]) Die freiwillige Gerichtsbarkeit wurde seit Stahl allgemein zur Verwaltung gerechnet.

[41]) Verwaltungsrechtspflege, S. 50.

[42]) Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung in der Festgabe für Laband II, S. 445 ff.

[43]) Verwaltungsrechtspflege, S. 50.

[44]) a. a. O. S. 500.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß die natürlich freie und ungehemmte Ausübung der Regierungsgewalt im Interesse der Freiheit des Individuums sich in gesetzlich vorbezeichneten Bahnen bewegen sollte. Die zu diesem Zwecke errichteten Rechtsschranken mochten indes weit auseinandergezogen oder eng zusammengerückt sein, ja, sie mochten bei Gegebensein von Spezialgesetzen in einer das „Ermessen" ausschließenden Weise nur eine bestimmte Möglichkeit des Handelns offen lassen, niemals sollte sich die Verwaltungstätigkeit in der Beachtung und Anwendung der Rechtsnorm erschöpfen. Die ihr „immanente Denk- und Aktionsform" sei und bleibe es — so meinte man — „in den Grenzen der Gesetze der bestmöglichsten Ordnung des Verhältnisses von Staat und Untertan und desjenigen des Staates zum Auslande zu dienen"[45]). Diesen seinen Zielen nach beurteilt, wurde der Verwaltungsbeamte nicht als Genosse des Richters angesehen, sondern eher als Gefährte des einfachen Untertans, der dem Rechte gemäß lebt, weil er den Großteil seiner Lebensbedürfnisse nur innerhalb der Schranken des Gesetzes befriedigen darf[46]).

Es gehörte mithin zu den unverzichtbaren Eigenschaften sowohl der Akte „freien Ermessens" als auch derjenigen „gesetzlicher Gebundenheit", auf die Befriedigung der Staatsinteressen gerichtet zu sein. Daraus folgt, daß der problematische Gegensatz von „freiem Ermessen" und „gesetzlicher Gebundenheit", der durch Erlaß zahlreicher Verwaltungsgesetze auftrat, nicht auf einer Verschiedenheit der Zielrichtung behördlichen Handelns beruhen konnte, sondern notwendig auf ein anderes Moment Bezug nehmen mußte. Dieses Moment war — wie schon angedeutet wurde — die äußere Form des Vorgehens der Verwaltungsbehörden. Im Falle „freien Ermessens" bestimmen sie den Weg ihres Vorgehens nach eigenem Gutdünken, im Falle „gesetzlicher Gebundenheit" folgen sie dem gesetzlich vorbezeichneten Wege. In beiden Fällen aber entsprechen sie den Interessen des Staates, wie sie von ihnen selbst oder vom Gesetzgeber festgestellt worden sind.

Aus alledem ergibt sich, daß die Rechtsprechung in keiner Weise von den auftauchenden Zweifelsfragen berührt wurde. Der Gegensatz von „freier" und „gebundener" Erfüllung bestimmter Interessen war auf diesem Gebiete undenkbar; denn die Rechtsprechung hatte weder Staatsinteressen noch sonstigen Lebensinteressen zu dienen. Für sie bildeten „Recht und Gesetz das positive, ausschließliche, innere Prinzip der Tätigkeit"[47]). Wie käme man nun unter diesen Voraussetzungen dazu, die Tätigkeit des Richters auf das Vorhandensein „freien Ermessens" auch nur zu untersuchen. Man würde sich damit in einen eklatanten

[45]) Stier-Somlo, Das freie Ermessen, S. 508/509.
[46]) Vergl. Laband, Staatsrecht, II Bd. (1898) S. 202 und oben S. 18/19.
[47]) Bähr, Rechtsstaat, S. 52.

Widerspruch zur eigenen Standortbestimmung des Ermessensproblems setzen.

Diesem Vorwurf versuchte Stier-Somlo dadurch zu entgehen, daß er die von ihm entdeckten Freiheiten des Richters gegenüber der Freiheit behördlichen Handelns unter dem Namen „richterliches Ermessen" begrifflich verselbständigte. Das unterscheidende Merkmal der beiden Ermessensbegriffe soll auf den verschiedenen „Funktionen und letzten Aufgaben des freien Ermessens" beruhen[48]). Und zwar soll das „administrative Ermessen" in seiner Sonderart durch die Richtung behördlichen Handelns auf das Staatsinteresse, dagegen die Ausgestaltung des „richterlichen freien Ermessens" durch den Grundsatz der Rechtsgemäßheit bestimmt sein. In diesem Sinne stelle das „freie Ermessen" des Spruchrichters zwar eine Schöpfung dar, aber doch nur in freier Anwendung wohlverstandener und etwa notwendig sinnmäßiger Erweiterung positivrechtlichen Gedankens, während die schöpferische Tätigkeit des Verwaltungsbeamten sein besonderes, vom objektiven Rechte nicht wesentlich beengtes Spezifikum, sein Lebenselement, ja, seine Daseinsberechtigung sei[49]).

Die Methode Stier-Somlos, durch Aufstellung von zwei in allen Punkten verschiedenartigen Ermessensbegriffen einen inneren Widerspruch seiner Lehre zu vermeiden, ist logisch nicht einwandfrei. —

Wenn eine bloße Wortbezeichnung als eigentliches Urteil im strengen Sinne gerechtfertigt sein soll, so muß sie notwendig auf einen letzten Begriff Bezug nehmen, in dem das Gemeinsame aller der Dinge, die man in bestimmter Weise benennt, zusammengefaßt ist. Nun wird durch den allgemeinen Sprachgebrauch eine Reihe individueller Erscheinungen mit dem Worte „freies Ermessen" gekennzeichnet. Will man sich die praktische Bedeutung dieser Wortbezeichnung deutlich machen, so muß man also zu jenem allgemeinen Begriffe vorzudringen suchen. Um das zu erreichen, genügt es nicht, die in Frage stehenden Erscheinungen einfach durch Vergleichung auf Gemeinsamkeiten hin zu untersuchen. Man würde auf diese Weise gewiß zu einer mehr oder minder großen Anzahl von Begriffen gelangen und wüßte nicht, welcher von ihnen nun der Begriff „freien Ermessens" wäre. Das ist nur dann mit Eindeutigkeit feststellbar, wenn zu dem an sich formalen Prozesse der Vergleichung in der Aufstellung genauer und bestimmter Maßstäbe der Vergleichung ein weiteres materielles Moment hinzutritt. Es kann kein Zweifel darüber bestehen, daß „die größte Schwierigkeit, aus dem natürlichen Zustande, in dem jeder seine eigene Sprache spricht, herauszukommen, gerade in der begrifflichen Fixierung dessen besteht, was als Merkmal verwendet werden soll"[50]). —

[48]) Stier-Somlo, Freies Ermessen, S. 498.
[49]) a. a. O., S. 501. [50]) Sigwart, Logik I, S. 332/33.

Ohne Bedeutung ist es, ob der Umfang des so gefundenen Begriffes den ganzen Kreis oder nur einen Teil der allgemein als ähnlich empfundenen Objekte umfaßt; denn die Vorstellung, mit Hilfe welcher diese Objekte im voraus aus der Gesamtheit aller ausgeschieden werden, ist mehr oder weniger unbestimmt und unbegrenzt, weil sie eben nicht auf logisch einwandfreie Weise gebildet wurde, sondern eher auf der unwillkürlichen menschlichen Neigung beruht, sich von einer Reihe ähnlicher Anschauungen Gesamtbilder zu machen.

Ist nun ein solcher oberster Begriff nicht feststellbar — und das ist nur der Fall, wenn die charakteristische Ähnlichkeit der Dinge in allen Fällen sich als scheinbar herausstellt — dann löst sich unter dem kritischen Auge des Wissenschaftlers der Kreis der mit demselben Worte bezeichneten Phänomene in Wesenlosigkeit auf. Das Wort „freies Ermessen" aber verlöre damit jede Bedeutung.

Dieser letzte Fall ist nach Auffassung Stier-Somlos offenbar nicht gegeben; denn er kommt ja bezüglich der einer Beurteilung unterliegenden Einzelfälle zu typischen Zusammenfassungen. Nun kann aber logischerweise nur eine der aufgestellten Kategorien den Anspruch erheben, die richtige zu sein d. h. auf der Aussonderung der für das „freie Ermessen" wesentlichen Merkmale zu beruhen. Entweder ist also das auf die Staatsinteressen gerichtete Handeln der Verwaltungsbehörden oder das der Rechtsgemäßheit zugeordnete des Richters — bei Gegebensein weiterer Eigenschaften — „freies Ermessen". Beides kann es ebensowenig gleichzeitig sein, wie es zwei disparate Begriffe von „Baum" oder „Mensch" geben kann.

Gleichwertige Unterbegriffe gibt es natürlich innerhalb einer Kategorie eine ganze Anzahl. Auch der Begriff „freies Ermessen" erhebt sich über einem System von Artbegriffen, in welchem jede niedere Stufe gegenüber der höheren durch ein weiteres unterscheidendes Merkmal determiniert ist. Nun läge es nahe, die von Stier-Somlo gebildeten Begriffe „richterliches freies Ermessen" und „verwaltungsbeamtliches freies Ermessen" als Artbegriffe „freien Ermessens" aufzufassen. Da aber Artbegriffe — gleichgültig ob sie derselben Stufe angehören oder nicht — mindestens den Inhalt eines obersten und letzten Begriffes gemeinsam haben müssen, so widerspricht dieser Annahme Stier-Somlo selbst, wenn er feststellt[51]):

„Der Begriff des richterlichen Ermessens ist vom Begriff des verwaltungsbeamtlichen in allen Punkten verschieden."

Noch einen Schritt weiter als Stier-Somlo geht Georg Jellinek. — Obwohl er grundsätzlich auf dem Boden der hier besprochenen Lehre steht, behauptet er ebenfalls, daß „freie Tätigkeit" bei allen Funktionen des Staates also auch bei der

[51]) Stier-Somlo, Freies Ermessen, S. 501.

Rechtsprechung vorkomme. Diese „freie Tätigkeit" zeige sich nun aber nicht etwa in verschiedener Gestalt, sondern sei in allen Fällen eine inhaltlich gleichartige[52]).

Lassen wir ihn selbst zu Worte kommen[53]):

„Mit voller Sicherheit läßt sich für jeden Staat ein bedeutsamer Gegensatz in Ausübung aller seiner Funktionen konstatieren: der von freier und gebundener Tätigkeit. Freie Tätigkeit ist die nur durch das Gemeininteresse, aber durch keine spezielle Rechtsregel erfolgte, gebundene, die in der Erfüllung einer Rechtspflicht erfolgende ... Am weitesten ist der Spielraum freier Tätigkeit auf dem Gebiete der Gesetzgebung, die ihrer Natur gemäß die größte Freiheit genießen muß. Nicht minder bedeutsam zeigt sie sich jedoch in der Verwaltung, wo dieses Element den Namen Regierung trägt. Ein Staat mit einer nur nach Gesetzen handelnden Regierung wäre ein politisches Unding ... Aber auch innerhalb des inhaltlich vom Gesetze bestimmten Gebietes der Verwaltung ist neben dem rechtlich gebundenen ein Element freier Tätigkeit vorhanden ... Hier ist ein Raum freien Ermessens vorhanden, der von Rechtsregeln begrenzt, aber nicht inhaltlich bestimmt wird ... Ja, selbst die Rechtsprechung enthält ein bestimmtes Maß von Freiheit. Das beruht auf dem Wesen geistiger Tätigkeit überhaupt, in der ein schöpferisches, durch Rechtsregeln nicht bestimmtes Element verborgen liege ... Der dem modernen Richter gesetzlich umschriebene Kreis freien Ermessens, ist inhaltlich dem bei der Verwaltung beobachteten gleichartig."

Wie verhält sich die hier versuchte Einbeziehung der Rechtsprechung in die Diskussion über das „freie Ermessen" zu der kurz vorher getroffenen Feststelllung, daß „freie Tätigkeit" solche sei, die „nur durch das Gemeininteresse, aber durch keine spezielle Rechtsregel bestimmt würde"? Will Jellinek damit sagen, daß die Verfolgung des „Gemeininteresses" ganz allgemein Aufgabe der Rechtsprechung sei, und daß es auch hier — wie in der Verwaltung — Fälle gebe, wo es unmittelbar bestimmend für eine Entscheidung sein müsse? Dieser Konsequenz widersprechen seine auf die rechtsprechende Tätigkeit gerichteten Untersuchungen. Hier bezeichnet er die „freie Tätigkeit" lediglich als ein schöpferisches, durch Rechtsregeln nicht bestimmtes Element der Rechtsverwirklichung. Von der Art und Weise Staatsinteressen zu befriedigen, ist in diesem Zusammenhange nicht die Rede. Damit aber hat Georg Jellinek seiner Behauptung, daß die „freie Tätigkeit" in Rechtsprechung und Verwaltung eine gleichartige sei, selbst widersprochen.

---

[52]) Ebenso Fleiner Institutionen, S. 7.
[53]) Allgemeine Staatslehre, S. 616 ff.

Ebenso wie Georg Jellinek behauptet neuerdings Karl Peters[54]), daß ein freies Ermessen überall dort gegeben sei, wo Staatsorgane tätig werden. Seine Auffassung unterscheidet sich jedoch von der Jellineks und damit auch von den in diesem Zusammenhange dargestellten Lehrmeinungen grundsätzlich durch den darin zum Ausdruck gebrachten Verzicht, die Richtung der Organtätigkeit auf das Staatsinteresse als ein Merkmal „freien Ermessens" zu begreifen. „Freies Ermessen" bezeichnet seiner Meinung nach lediglich „die individuelle, von der Rechtsordnung mit Erheblichkeit ausgestattete Beurteilung über den Wert oder Unwert einer Verwirklichung oder Nichtverwirklichung oder die Art der Verwirklichung"[55]).

Was nun die Lehrmeinung des Peters in diesem Zusammenhange erwähnenswert macht, ist der Versuch, aus dem weiten Kreise der so bestimmten Ermessensfälle ein „politisches Ermessen" herauszuschälen. Damit rückt sie nämlich in die Reihe moderner Lehrmeinungen ein, die dem Zuge der neuen Zeit entsprechend, ein freies Ermessen zwar auf allen Gebieten des Staatslebens, insbesondere bei der Rechtsprechung, zu finden glaubten, aber doch in irgendeiner Weise der ursprünglich als wesentlich erachteten Aufgabe „freien Ermessens", die Staatsinteressen zu befriedigen, gerecht zu werden suchten. So hatte bekanntlich Stier-Somlo durch Aufstellung zweier Ermessensbegriffe geglaubt, diese Eigenart freien Ermessens wahren zu können. Georg Jellinek hatte zwar die begriffliche Trennung von behördlichem und richterlichem Ermessen nicht aufrechterhalten, mit seiner Feststellung, jede freie Tätigkeit eines Staatsorganes sei durch das Gemeininteresse bestimmt, das Band zwischen freiem Ermessen und Staatsinteresse aber aufs neue geknüpft. Karl Peters macht diese allgemeine Feststellung allerdings nicht, fühlt sich aber durch die Erkenntnis, daß als hervorragende schöpferische Tätigkeit die politische Tätigkeit in Betracht komme, dazu veranlaßt, dem Ermessensbegriffe einen Begriff des „politischen Ermessens" unterzuordnen, und zwar unter Zugrundelegung der Auffassung, daß jedes politische Handeln den sich bewegenden und entwickelnden Staat zum Gegenstande habe.

Das „politische Ermessen" bezeichnet nun Peters „als die individuelle, von der Rechtsordnung mit Maßgeblichkeit ausgestattete Beurteilung über den Wert oder Unwert eines schöpferischen Handelns oder Nichthandelns oder die Art des Handelns unter dem Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit für das Ansehen, die Macht oder die Stärke der Gemeinschaft"[56]). Und diesem etwas umständlich bestimmten Begriff soll insbesondere die Entscheidungstätigkeit des Strafrichters untergeordnet sein.

---

[54]) Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen. (Berlin 1932.)

[55]) a. a. O. S. 26.

[56]) a. a. O. S. 28.

Es hat uns, offen gestanden, selten eine Feststellung zunächst so befremdet wie gerade diese eines Juristen und Staatsanwaltes. Nach einigem Überlegen erschien sie uns indessen verständlich, verständlich im Hinblick auf die Denk- und Argumentationsweise der letzten Zeit.

Das in jüngster Vergangenheit noch übliche Denken war ein stark geschäftsmäßiges, utilitaristisches; Zweckmäßigkeits- und Erfolgsgesichtspunkte traten in den Vordergrund. Wie die Maschine die verkörperte Zweckmäßigkeit darstellt, so wurden nun auch Staat und Recht von einflußreichen Kreisen vorwiegend unter dem Gesichtspunkte dessen betrachtet, was sie nützen oder was sie nützen wollen. Selbst die Strafe — früher ganz überwiegend an ethischen Gesichtspunkten orientiert — wurde vornehmlich daraufhin angesehen, was sie bezweckt und was sie nützt. Eine unendliche Fülle von Theorien war gerade über diese Frage aufgestellt worden[57]), die wiederum alle mehr oder minder großen Einfluß auf die Zeitgenossen ausgeübt hatten.

Ist es verwunderlich, daß man unter Einfluß dieses Zeitgeistes dazu kam, über den empirischen „Zweck" den eigentlichen Rechtscharakter der Strafe zu vergessen, im Strafrecht einen Inbegriff von generellen Anordnungen zur Bekämpfung von Verbrechen zu sehen und aus dem Rechtsspruch endlich eine Maßnahme zu machen, die von Zweckmäßigkeitserwägungen motiviert wird, und deshalb eine politische Maßnahme ist[58])?

Nun sind wir uns freilich darüber klar, daß alles verstehen nicht alles verzeihen bedeutet. Das gilt in diesem Falle ganz besonders; denn der Verfasser hätte sich bereits durch einfache Überlegung von der Unrichtigkeit seines Standpunktes überzeugen können.

Es ist richtig, daß die Strafe empirischen Zwecken dient. Mit dieser Erkenntnis sind wir jedoch noch nicht in ihre Wirklichkeit eingedrungen; denn empirischen Zwecken dient *jede* Kulturerscheinung. Was das Wesen der Strafe ausmacht, muß also etwas anderes sein; und dieses andere Moment besteht in der Beziehung der Strafe auf eine Idee, die Rechtsidee. Diese tritt dem Menschen als eine kategorische Forderung entgegen und wird so zum Regulativ für empirische Strafgesetze, für Strafzwecke und Strafmittel des Gesetzgebers. Das ergibt sich zwar nicht aus der Wortbezeichnung Strafe. In diesem Worte liegt an sich nur die Strenge, die Härte, das Übel, das sich weder über die zugrunde liegende Idee, noch über die besonderen Zwecke und Mittel der Einrichtung ausspricht. Aber es wird doch tat-

[57]) Vergl. die Übersicht bei Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Strafrechts, § 3, S. 6 ff.

[58]) Nach Peters hat das politische Handeln den bewegenden, wandelnden und sich entwickelnden Staat zum Gegenstande. Diese Bewegung selbst vollzieht sich unter dem Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit.

sächlich mit dem Worte die Idee des Rechts verbunden, insofern dieses Übel immer als Reaktion gegen das Unrecht und als Reaktion des Rechtes gedacht ist. In diesem Sinne gilt es als eine Sühne für den Bruch der rechtlichen Friedensordnung, eine Sühne, die diese Ordnung gleichzeitig bewährt und verbürgt. Daß sich mit dieser Funktion der Strafe gewisse Zwecke, insbesondere der Zweck der Prävention verbinden können, soll nicht bestritten werden. Unrichtig wäre es aber, die Zweckmäßigkeit darum für dasjenige Prinzip zu halten, das für die Wesensbestimmung der Strafe von Bedeutung ist.

Aus diesen Feststellungen läßt sich folgendes für den Charakter des Strafurteiles gewinnen.

Mögen immerhin gewisse Maßnahmen der Besserung und Sicherung, die gleichzeitig mit dem Strafurteil ausgesprochen werden, politische Maßnahmen sein, das Strafurteil selbst hat einen ganz anderen Charakter. Wenn der Richter über den Verbrecher eine Strafe verhängt, so tritt darin die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung in Erscheinung. Der Richter dient also mit dem Ausspruch der Straffolge dem Rechte und mittelbar auch der Rechtsidee selbst. Dementsprechend muß dieser Akt als etwas Rechtliches gelten. —

Mit der Erkenntnis, daß das Urteil des Strafrichters keine kriminalpolitische Maßnahme, sondern ein Rechtsspruch ist, entfallen alle jene Konsequenzen, die Peters an diese Behauptung geknüpft hat. Insbesondere aber entfällt die Möglichkeit eines „politischen Ermessens" bei seiner Bildung.

*

Die hier zusammengestellten Äußerungen älterer Schriftsteller bieten für eine Besprechung weniger Stoff als die mehr ins Einzelne gehenden Ausführungen Stier-Somlos, Georg Jellineks und Karl Peters. Sind es doch zumeist nur gelegentliche Andeutungen oder in anderen Zusammenhängen eingestreute Bemerkungen, die in diesen Fällen den jeweiligen Standpunkt in Ermessensfragen zum Ausdruck bringen.

Trotzdem soll auch darüber etwas gesagt werden. —

Der liberale Denker neigte dazu, im Kulturganzen eines Volkes oder einer Epoche allein dem Rechte eine objektive d. h. vom Wollen und Denken individueller Personen unabhängige Bedeutung beizulegen. Alle anderen Kulturvorgänge beispielsweise das politische, religiöse, künstlerische und wissenschaftliche Leben betrachtete er lediglich als Ausfluß und Ausdruck subjektiven Lebens, als wesenlose Luftspiegelung menschlichen Wesens[59]). So sprach er von eingeborenen Ideen (Descartes), von

[59]) Die späteren Versuche, auch das Recht psychologisch zu deuten, liegen damit in einer Linie. Vergl. unten S. 110 ff.

verschiedenen psychologisch gedachten Seelenvermögen (Kant), von der eigenen Façon, selig zu werden (Friedrich der Große) oder von der individuellen Entschließung des Politikers (Stahl)[60]).

Diese Auffassung liegt nun auch dem Versuche zugrunde, das „freie Ermessen" im Sinne „individueller Entschließung" also eines persönlich vorbedingten, irrationalen, unstetigen und unberechenbaren menschlichen Vorgehens und Handelns mit der Wahrnehmung der Staatsinteressen in einen Zusammenhang zu bringen.

Unserer Ansicht nach ist dieser Versuch grundsätzlich verfehlt.

Das Handeln der Beamten im Staatsinteresse ist den Bestimmungen der positiven Rechtsnormen unterworfen. Diese ordnen in vielen Fällen ein bestimmt bezeichnetes behördliches Vorgehen an, begnügen sich aber oftmals damit, nur den Zweck einer Maßnahme anzugeben oder verzichten ganz und gar auf die Statuierung einer Rechtsfolge. An alledem kann kein Zweifel gehegt werden. Was aber bestritten wird, ist die Richtigkeit der weiteren Behauptung, bei Fehlen einer rechtlichen Vorbestimmung behördlichen Handelns greife die „individuelle Entschließung" des jeweiligen Beamten Platz[61]) und zwar mit der Konsequenz, daß die Gestaltung, die die Maßnahme so erhalte, entscheidend aus der Persönlichkeit des Handelnden heraus erlangt sei[62]).

Es ist eben schon angedeutet worden, daß es typisch liberalistisch ist, das politische Leben nur als Ausfluß persönlichen Lebens, als Ausdruck einer bestimmten psychischen Haltung zu begreifen, alle Handlungen und Gestaltungen im Leben des Staates lediglich als Handlungen und Gestaltungen bestimmter Personen, als Ergebnis ihrer höchst subjektiven Denk- und Gefühlsakte aufzufassen. Typisch liberalistisch ist diese Auffassung deshalb, weil sie im Grunde auf einer naturwissenschaftlichen Betrachtungsweise beruht, die Naturwissenschaft aber im Mittelpunkt des liberalen Denkens der Aufklärungszeit stand. Wir wollen an dieser Stelle keine weitschweifenden Untersuchungen über die Art und Anwendungsmöglichkeit der naturwissenschaftlichen Methode anstellen. Hervorgehoben muß aber werden, daß die Zurückführbarkeit eines bestimmten politischen Handelns auf seine psychischen Ursachen noch keineswegs den Schluß zuläßt, daß eben die

---

[60]) Vergl. dazu die Aufsätze Diltheys im II. Bd. seiner gesammelten Schriften, herausgegeben von G. Misch, insbesondere die Abhandlung über die „Autonomie des Denkens", „Das natürliche System der Geisteswissenschaften" oder „Die Funktion der Antropologie in der Kultur des 17. und 18. Jahrhunderts".

[61]) Stahl, Philosophie des Rechtes, S. 43 flg.

[62]) Peters, Kriminalpolitische Stellung des Richters, S. 11.

Politik, das Handeln im Staatsinteresse etwas rein persönlich bedingtes ist, etwas, was eben nur als Ergebnis des bestimmten psychischen Prozesses eines konkreten Menschen Bedeutung hat. Gewiß kann man auch hier nach den Gesetzen des Entstehens fragen, aber die Antwort darauf wird dem Wesen des politischen Geschehens nicht gerecht; denn sie vernachlässigt gerade das, was seine politische Eigenart ausmacht. Will man diese erfassen, so muß man das Wollen und Wirken der Behörden in seiner Ideenbezogenheit denken, muß sich seine Wirklichkeit als ein Gebilde des Geistes vorstellen, das sich nach Grundsätzen einer objektiven Vernunft entfaltet[63]).

So gesehen erscheint uns das politische Handeln der Staats- und Verwaltungsbehörden in ganz anderem Lichte als dem Liberalismus.

Bei der Wahrnehmung der Staatsinteressen ist der Beamte einmal zur Beachtung der Realitäten des Lebens gezwungen. Ein klarer Blick und ein nüchternes verstandesmäßiges Abwägen aller Möglichkeiten ist gewiß eine Voraussetzung politischer Erfolge im Großen und im Kleinen[64]). Dabei hat es aber nicht sein Bewenden. Wer schöpferisch gestalten will, muß seinen Blick von den Notwendigkeiten des Tages immer wieder freimachen, um ihn auf die in unerreichbarer Ferne schimmernden Ideen vom Sinn und Wesen staatlicher Gemeinschaftsbildung richten zu können. Nicht das bloße Überschauen der Gegebenheiten macht das Wesen des politischen Handelns aus, sondern gerade die darüber hinausschauende gedankliche Einstellung auf eine Idee[65]). Indem der Staatsbeamte[66]) so denkt und handelt, fügt er seine Gedanken und Handlungen in eine Welt ein, die zwar von individuellen Personen und ihren Entschlie-

[63]) Die Feststellung der Unfähigkeit des Liberalismus, das Wesen des Politischen zu begreifen, steht mit der Behauptung eines „unpolitischen Wesens des Liberalismus" (Koellreutter) in keinem Zusammenhange.

[64]) In dieser Beziehung ist Politik nach Bismarcks Worten eine Kunst des Möglichen.

[65]) Ebenso van Calker, Einführung in die Politik, S. 13. Über die Ideenbezogenheit des politischen Handelns vergl. ferner Binder, Philosophie des Rechtes, S. 548/49. Koellreutter nimmt in dieser Frage keine feste und eindeutige Haltung ein. Im Grundriß der allgemeinen Staatslehre deutet er auf S. 9, 11, 15 das Bestehen einer Staatsidee an, ohne indessen das Wesen des Politischen daran zu orientieren. (Vergl. Deutsches Verfassungsrecht, S. 4.)

[66]) Gleichgültig ist, ob es sich um Führer oder Gefolgsmann handelt. Auch der Führer muß seinen Entschlüssen und Befehlen eine Weltanschauung zugrunde legen, wenn seine Herrschaft nicht Willkürherrschaft sein soll. Er muß es sogar in noch weit größerem Maße tun als sein letzter Gefolgsmann und kann es auch; denn seine Genialität besteht eben darin, daß er über den Gesichtskreis der Masse hinaussieht, das ferne Ziel klarer vor Augen hat als seine Zeitgenossen und ihm selbst zustrebend, die Nation ihm zuführt.

ßungen verursacht wurde, aber in der objektiven Vernunft, in der Idee begründet und verankert ist[67]).

In der Feststellung des objektiven Charakters der Staatsinteressenwahrnehmung durch die Behörden liegt zugleich die Ablehnung der Auffassung, bei Fehlen einer gesetzlichen Bestimmung greife in diesen Fällen ein „subjektives freies Ermessen" Platz[68]). Es bedeutet eine weitgehende Verkennung der gesamten Kulturzusammenhänge, wenn man das politische Handeln und Gestalten lediglich auf den Menschen in seinem Fürsichsein, auf die Regungen seines subjektiven Verstandes, auf die willkürlichen, oft unbegreiflichen Äußerungen seines Gefühles zurückführt.

b) Ermessen als Freiheit bei der „Gesetzesvollziehung" der Verwaltung.

Die erste Entwicklungsstufe des Ermessensproblems vereinigt die unterschiedlichsten Auffassungen in sich. Unterschiedlich insbesondere im Hinblick auf den immer vernehmlicher werdenden Notschrei des Individuums nach einem ausreichenden Rechtsschutz gegenüber willkürlicher Wahrnehmung des Staatsinteresses und der dementsprechend fortschreitenden Kodifikation der Verwaltung. Die hierdurch bedingten Abweichungen täuschen jedoch nicht über das Vorhandensein der gemeinsamen Grundauffassung hinweg: Ermessen ist wahlfreie Wahrnehmung des Staatsinteresses durch die Verwaltungsbehörden in den Grenzen der Gesetze. Als „gesetzlich gebunden" bezeichnete man demgegenüber die Versorgung des Staates in den Fällen, wo besondere Gesetze das Vorgehen der Behörden positiv bestimmen (Vollziehung). Die „freie Tätigkeit" sei die ursprünglich gegebene und deshalb begrifflich das der Bedeutung nach erste Element der Wirksamkeit des Staates; denn dadurch empfange der Staat Richtung und Ziel seiner historischen Bewegung. Aller Wandel und Fortschritt in seinem Leben gehe von ihr aus[69]). Da Recht und Gesetze sich erst an dieser freien Tätigkeit im Sinne einer Bindung realisieren, bilden sie begrifflich die Ausnahme, ganz

[67]) Eine Objektivierung behördlichen Vorgehens strebt auch Lauer in seiner Abhandlung über „Die Polizei im nationalsozialistischen Staate" an (S. 17 ff.). Er fordert hier, daß die Polizeibehörden im Falle des § 14 P.V.G. die Ausübung ihres „freien Ermessens" an den „Grundsätzen der nationalsozialistischen Weltanschauung" zu orientieren hätten, um ihr damit „ein bestimmtes Ziel und einen einheitlichen Inhalt" zu geben. Mit seiner weiteren Feststellung, das behördliche Vorgehen sei damit „von einem das gesamte Staatsleben beherrschenden zentralen Rechtsgedanken beseelt", bewegt er sich aber ganz in den Bahnen alt-liberalen Denkens, das eben nur dem Rechte aber nicht dem politischen Handeln an sich einen objektiven Charakter zuerkannte.

[68]) Damit ist über die Richtigkeit des hier zugrunde gelegten Ermessensbegriffes noch nichts ausgesagt.

[69]) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 616 ff.

gleichgültig in welchem Ausmaße sie tatsächlich in Erscheinung treten mögen.

In dieser Lehrmeinung kommt die damals übliche Arbeitsmethode der Verwaltungsrechtswissenschaft getreulich zum Ausdruck.

Obwohl durch die Gewaltenteilungslehre und ihre Konsequenz der Bindung des verwaltenden durch den gesetzgebenden Staat das Verwaltungsrecht in immer stärkerem Maße bestimmend und gestaltend hervortrat, blieb es lange noch gebräuchlich, nach „staatswissenschaftlicher Methode" die Aufgaben der Verwaltung — Armenpflege, Schulwesen, Sittenpolizei usw. — und im Anschluß daran die Rechtsschranken darzustellen, die auf jedem einzelnen dieser Aufgabengebiete für die Staatsgewalt bestanden[70]). Erst die von Otto Mayer begründete „juristische Methode" hat mit der Einsicht Ernst gemacht, daß nicht jene Aufgaben, sondern diese Schranken und die sich aus ihnen ergebenden Rechte und Pflichten des Staates und der Untertanen das verwaltungsrechtlich Wesentliche sind und daß deshalb die Verwaltungswissenschaft sich nicht nach jenen Aufgaben zu gliedern, vielmehr die in allen Aufgabengebieten gleichermaßen auftretenden Arten des Rechtsverhältnisses zwischen Staat und Untertan herauszuarbeiten hat.

„Die Rechtswissenschaft, wenn sie sich nun des Gegenstandes bemächtigt, muß ihrerseits den Schwerpunkt in ‚die den einzelnen Aufgabengebieten zugehörigen Rechtsordnungen' verlegen. Die Verwaltungslehre gibt ihr überall nur äußerliche Anknüpfung, die notwendigen Einleitungen der Übersicht und des Zusammenhanges halber. Die Aufweisung, Entwicklung und Anwendung der für jeden einzelnen Zweig einschlagenden Rechtssätze ist ihr allein das Wesentliche[71])."

Prägnanter noch bringt diesen Gedanken Fleiner[72]) zum Ausdruck:

„Für die juristische Betrachtung bietet die Verwaltung nur insoweit Raum, als sich der Staat zur Durchführung seiner Aufgaben rechtlicher Mittel bedient."

Aus der veränderten Grundauffassung über die Aufgabe und den Umfang rechtswissenschaftlicher Untersuchungen ergaben sich bedeutsame Konsequenzen für die Lösung des Ermessensproblems.

Hatte man vorher geglaubt, bei der Darstellung des Ermessensproblems von der freien Wahrnehmung des Staatsinteresses durch bestimmte Beamte ausgehen zu müssen, und erst im Anschluß daran die Beschränkungen erörtert, die es durch abstrakte gesetzliche Bestimmungen erfuhr, so machte man jetzt

[70]) Vergl. Fleiner, Institutionen, S. 45/46.
[71]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht (1895) I. Bd. S. 17.
[72]) Fleiner, Institutionen, S. 5.

die rechtliche Ausgestaltung der Verwaltungstätigkeit ausschließlich zum Gegenstande seiner Untersuchung und fragte sich lediglich, ob den Beamten auch bei der vom Rechte betriebenen Wahrnehmung der Staatsinteressen die Möglichkeit einer persönlichen Beteiligung gegeben sei.

Das wird nun von den in diesem Zusammenhange genannten Autoren durchgängig bejaht.

Dem Gesetzgeber seien zwei Möglichkeiten gegeben, die Erfüllung der Verwaltungsaufgaben zu fördern. Diese unterscheiden sich darin, daß er in einem Falle mit bindender Kraft feststelle, was im Staatsinteresse gelegen sei, und dem Beamten dadurch vorschreibe, unter gewissen Bedingungen etwas zu tun. Auf Grund von solchen Vorschriften sei das Urteil der Beamten über die Wirkung einer Maßnahme im Hinblick auf die Förderung der Staatszwecke für die Entscheidung unerheblich. Er müsse nach Vorschrift handeln, weil eben das Gesetz mit ihr ganz allgemein erklärt habe, welche Bedeutung gewisse Umstände für die Förderung der Staatszwecke haben. Im anderen Falle dagegen fehle es an einer besonderen Vorschrift. Hier überlasse es der Gesetzgeber dem Beamten, zu beurteilen, was den Staatszwecken am förderlichsten sei.

Zum Verzicht auf eine genaue Vorbestimmung behördlichen Handelns müsse sich der Gesetzgeber häufig genug entschließen. Der Grund hierfür sei in der Vielgestaltigkeit und Veränderlichkeit des Lebens gegeben, dem die Verwaltung gegenüberstehe. Die Bedürfnisse der Gesellschaft seien so verschieden, der Verkehr der Menschen sei so eifrig, ihre Interessen seien so vielgestaltig und ihre Beziehungen so ausgedehnt, daß es für den Gesetzgeber unmöglich sei, für alles im voraus zu sorgen[73]). So überlasse er es denn in vielen Fällen der Behörde, „daß sie durch ihren Entschluß den Akt ins Werk setze oder schöpferisch ergänze, nicht um zu sagen, was er selbst hier gewollt hat, sondern was sie, die Behörde, für richtig hält"[74]).

Den gleichen Gedanken bringt Hofacker[75]) zum Ausdruck: Den wechselnden Bedürfnissen vermöge der Gesetzgeber nicht durch eigene gesetzliche Bestimmungen zu dienen, er „läßt deshalb in diesem Punkte die eigene Auffassung des Verwaltungsorganes entscheiden."

Fleiner[76]) hebt hervor:

„Andererseits jedoch ist auch bei sorgfältigster Regelung einer Materie kein Gesetzgeber imstande, die Vielgestaltigkeit und den Wechsel der Erscheinungen und Bedürfnisse in Gegenwart und Zukunft so zu überblicken, daß er für jeden Fall

[73]) Ähnliche Gedanken finden sich schon bei Stahl, vergl. oben S. 19/20.
[74]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht (3. Aufl.) I. Bd. S. 99.
[75]) Hofacker, Die Staatsverwaltung, S. 186.
[76]) Fleiner, Institutionen des Verwaltungsrechtes S. 6.

eine feste Norm bereitzustellen vermöchte. Er muß sich häufig damit begnügen, die allgemeinen Richtlinien festzulegen; im übrigen es aber den Verwaltungsbehörden überlassen, innerhalb dieses Rahmens das Zweckmäßige und durch die Umstände des einzelnen Falles Gebotene von sich aus anzuordnen."

Zorn[77]) spricht in schwungvoller Weise von dem „ewig wechselnden Proteus des viel verschlungenen modernen Lebens, der an die Verwaltung oft Ansprüche stellt, denen genügt werden muß, auch wenn Rechtsvorschriften hierüber nicht vorhanden sind".

Die Verwaltung könne also nicht in allen ihren Funktionen streng an das Gesetz gebunden sein. Um ihre Aufgaben erfüllen zu können, müsse ihr vom Gesetze ein gewisser Spielraum freier Bewegung eingeräumt sein. Genauere Untersuchungen zeigen nun, daß die Verwaltung tatsächlich in vieler Beziehung frei handeln dürfe, ja, sie stelle ihrem Rechtscharakter nach eine Stufenfolge von der strengsten Gebundenheit bis zur freiesten Bewegung dar[78]):

„Das Gesetz kann ihre Tätigkeit so genau bestimmen, aber der Verwaltung überlassen, ob sie im Einzelfalle das von ihm vorgesehene zur Geltung kommen lassen will.

Es kann unvollständig bestimmen, derart, daß das, was Rechtens wird, erst ergänzt werden soll durch die Verwaltung, die schöpferisch durch eigene Zutaten den Inhalt des staatlichen Willens für den gegebenen Fall fertigstellt.

Das Gesetz kann auch sachlich selbst garnichts bestimmen, der Verwaltung nur eine allgemeine Ermächtigung geben, daß sie ihrerseits für einen gewissen Gegenstand oder Geschäftszweig bestimme, was in einem ihr anbefohlenen Interesse erforderlich und angemessen erscheint".

Die Beziehung der Verwaltung zum öffentlichen Interesse war für die damals aufkommende juristische Betrachtungsweise ohne Bedeutung[79]). Suchte man doch ihre Tätigkeit nicht als solche des Staates zur Erfüllung seiner Zwecke, sondern nur hinsichtlich ihrer rechtlichen Eigenart zu erfassen.

Diese Selbstbindung der Jurisprudenz zeigte sich deutlich in der Behandlung des Ermessensproblems. —

Gewiß wurde die eigene Wahrnehmung des Staatsinteresses durch die Behörde nach wie vor für ein Merkmal der Ermessensfälle gehalten und zwar in Gegenüberstellung zu den Fällen, wo die Behörde im Wege der Rechtsanwendung der

[77]) Festgabe für Krüger, S. 522.

[78]) Otto Mayer, Verwaltungsrecht (1895) I. Teil, S. 85.

[79]) Die Richtung der Verwaltung auf die Befriedigung der Staatsinteressen wird von den hier genannten Autoren zwar nicht in Abrede gestellt (vergl. Fleiner, Institutionen, S. 7), bestritten wird aber, daß die Verwaltung als solche Gegenstand rechtswissenschaftlicher Erörterungen ist. Diese könnten sich nur auf die rechtliche Eigenart des Verwaltungslebens beziehen.

Wahrnehmung des Staatsinteresses durch den Gesetzgeber zu entsprechen sucht[80]). Diese Wesensart „freien Ermessens" begründet jedoch nach Auffassung der hier genannten Schriftsteller noch kein juristisches Problem. Zu welchem Zwecke die Verwaltungsbeamten ihre Befugnisse wahrnehmen, was sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben im Ermessen tun oder tun sollen, sei eine Angelegenheit der Politik oder der Verwaltungstechnik. Wenn diese Erscheinungen Gegenstand rechtswissenschaftlicher Forschung sein wollen, so müssen sie ein weiteres Merkmal und zwar eine irgendwie geartete Beziehung zum Rechte, zu den Rechtssätzen aufweisen.

Wolle man nun den Rechtscharakter der Akte „freien Ermessens" bestimmen, so müsse man davon ausgehen, daß nicht alle Verwaltungstätigkeit juristisch erfaßbar sei, die innerhalb der Dämme des Rechtes in lebendigem Strome dahinflutet. Ein Staatsinstitut für Meteorologie oder Hygiene übe zweifellos Verwaltungstätigkeit aus. Allein diese Tätigkeitsform der Verwaltung interessiere den Juristen nicht. Deshalb könne auch hier die Frage nach einem „freien Ermessen" für ihn nicht auftauchen.

Für eine juristische Betrachtung biete die Verwaltung nur insoweit Raum, als sich der Staat zur Durchführung seiner Aufgaben rechtlicher Mittel bediene. Das geschehe im sog. Verwaltungsakt. Dabei handele es sich um einen objektiven Ausspruch der Verwaltung, der dem Einzelnen im gegebenen Falle sein Recht zuweise.

Ihrer Wirkung nach müsse man die Verwaltungsakte in Entscheidungen und Verfügungen einteilen. Erstere wenden, wie das zivilrechtliche Urteil, die Rechtssätze auf den gegebenen Fall an. Im Gegensatz dazu schaffen die Verfügungen im Einzelfalle erst das, was im Verhältnis von Staat und Staatsbürger Recht sein soll.

Wenn man nun als Jurist von einem „freien Ermessen" im Gegensatz zur „rechtlichen Gebundenheit" reden wolle, so könne man es mit Berechtigung nur im Hinblick auf die Fälle tun, wo die Behörde innerhalb der Schranken des Gesetzes ihre norma agendi, ihr lex specialis selber schaffe.

Hier sei ihre Tätigkeit mit der eines Gesetzgebers vergleichbar. Auch er gestalte frei im Hinblick auf bestimmte soziologische und historische Verhältnisse, denen seine Normen zugeordnet seien. Ein Unterschied bestehe vielleicht nur darin, daß die Gesetze allgemeingültig seien, während das publizistische Rechtsgeschäft nur für den einzelnen Fall Wirksamkeit besitze.

[80]) Vergl. Herrnritt, Grundlehre, S. 297: „Einzige Direktive freien Ermessens ist das Handeln im Staatsinteresse". Oder Hofacker, Staatsverwaltung, S. 212: „Wenn das Gesetz freies Ermessen gibt, macht es die Wirkungen des Gesetzes abhängig von einer guten Politik". Ebenso Mayer, Verwaltungsrecht (3. Aufl.) I. Bd. S. 99. Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 26.

Die rechtsschöpferische Kraft des Ermessensaktes hebt Mayer[81]) ausdrücklich hervor:

Soweit der Vorbehalt des Gesetzes nicht reiche oder ein Gesetz sich der Materie nicht bemächtigt habe, „wirkt der Verwaltungsakt selbständig. Er ist nicht wie das Rechtsgeschäft des Privaten, das alle seine rechtliche Wirksamkeit aus dem Gesetze zieht, sondern ist selbst öffentliche Gewalt, die aus sich selbst rechtlich bestimmend wirkt, soweit ihr nicht besondere Schranken gesetzt sind".

Herrnritt[82]) spricht davon, daß sich die Erwägungen der Behörde bei Ausübung freien Ermessens „schöpferisch ergänzend zu bewegen haben".

Trotz dieser Selbständigkeit sei der Ermessensakt aber in den Kreis der Gesetzesvollziehung eingeschlossen; denn er erfolge ja gemäß dem Gesetze. Er mache das Gesetz wirksam, indem er es sinngemäß fertig stelle, soweit es eben einen Spielraum zu eigenem Entschluß lasse.

Diese Abhängigkeit freien Ermessens von der Rechtsordnung glaubt Zorn[83]) aus der umfangreichen verwaltungsgesetzlichen Regelung der „modernen Zeit" folgern zu müssen:

„Es hat eine Zeit gegeben, in der das Gebiet der Verwaltung noch in weitem Umfange von dem Einfluß der Gesetzgebung frei war, die „Rechtspflege" hingegen war gesetzlich gebunden...

...Darin liegen Momente der Staats- und Kulturentwicklung, aber nicht begriffliche Gegensätze der Rechtswissenschaft".

Und doch glaubt er nun aus der weiteren „Staats- und Kulturentwicklung" etwas für die Begriffsbildung „freien Ermessens" gewinnen zu können:

„...Je mehr aber die Gesetzgebung den gesamten Kreis der Verwaltung umfaßt und überwölbt, desto enger wird der Kreis des ‚Ermessens' der Behörden. Aus dem ehedem selbständig die Verwaltung beherrschenden Ermessen mit freiem Spielraum wird mehr ein dienendes Ermessen auf Grund des Gesetzes".

Dienend sei das Ermessen deshalb, weil es „nach Absicht des Gesetzgebers oder vermöge der Technik der Gesetzgebung"[84]) dem verwaltenden Organe verliehen werde, weil es der Verwirklichung der Rechtsordnung in den Fällen diene, wo die Aufstellung einer allgemeinen Norm im Hinblick auf die Veränderlichkeit der Sachlage unzweckmäßig erschien[85]).

---

[81]) Mayer, Verwaltungsrecht (3. Aufl.) I. Bd., S. 97.
[82]) Grundlehren, S. 293.
[83]) Zorn, Verwaltungsarchiv, Bd. 2, S. 143.
[84]) Herrnritt, Grundlehren des Verwaltungsrechts, S. 297.
[85]) Dieser Gedanke kommt bei Fleiner, Institutionen, S. 132/3 zum Ausdruck.

Am deutlichsten hat Otto Mayer[86]) den Rechtscharakter „freien Ermessens" zum Ausdruck gebracht:

„Man mag hier von ‚Rechten' der Verwaltung sprechen, die das Gesetz begründete; sie sind alle nicht wesentlich verschieden von dem ‚Rechte' des Gerichtes, dem das Gesetz seine Anwendung auf den Einzelfall anvertraut. Es ist geordnete Mitarbeiterschaft für den gemeinsamen Zweck. Der Ausdruck ‚Anwendung des Gesetzes' paßt nicht mehr dafür, weil die Tätigkeit der Verwaltung ein viel freieres Verhältnis zuläßt.

Die so beliebte Bezeichnung der Verwaltung als ein Handeln ‚in den Schranken des Gesetzes' ist allerdings zu sehr noch von zivilrechtlichen Anschauungen bestimmt, sie übersieht die alles beherrschende Idee des Zusammenarbeitens. Es ist vielmehr der Begriff der Vollziehung des Gesetzes, der uns hier entgegentritt als das Handeln gemäß dem Gesetze, das Wirksammachen des Gesetzes in mehr oder weniger strenger Gebundenheit durch dieses. Die Vollziehung umfaßt die Tätigkeit zu einfacher Ausführung des Gesetzes wie auch die Ausfüllung des Spielraumes, den es läßt, in dem Sinn und in der Richtung, wie es sie dafür bestimmt hat".

Davon verschieden sei das Verhältnis des Richters zum Gesetze[87]). — Die Leitung, die ihm das Gesetz gibt, sei strenger, einförmiger; sie lasse ihm zwar auch einen gewissen Spielraum, aber dieser Spielraum sei anderer Art.

„Für die Justiz hat dabei das Gesetz immer schon vorgesehen, was geschehen soll; es enthält für jeden Einzelfall die Bestimmung, was für ihn Rechtens ist. Was das Gericht zu tun hat, ist nur der förmliche Ausspruch dessen, was das Gesetz gewollt hat. Es macht nur die Anwendung des Gesetzes. Das Ermessen, welches es dabei übt, geht bloß auf Anpassung des Tatbestandes mit seinen Besonderheiten in den Willen des Gesetzes"[88]).

In etwas ausführlicherer Weise äußert sich Otto Mayer über das vom Richter geübte Ermessen in der 3. Auflage des Lehrbuches[89]).

„Der Richter hat die Entscheidung einem im voraus nicht genügend zu würdigenden Tatbestande anzupassen, namentlich ein Mehr oder Weniger zu bestimmen, das dem anzunehmenden Willen des Gesetzes entspricht".

---

[86]) Otto Mayer, Verwaltungsrecht (3. Aufl.) 1. Bd., S. 77.

[87]) Anders Fleiner, der behauptet, daß „freies Ermessen" der Verwaltung nicht eigentümlich sei. „Der Verwaltungsbeamte, der das Gesetz vollzieht, nimmt keine andere Tätigkeit vor, als der Richter, der nach Maßgabe des Gesetzes Recht spricht." (Vergl. Institutionen, S. 7.) Ebenso vertritt Hofacker die Ansicht, daß es auch in der Rechtsprechung Fälle freien Ermessens gebe (Staatsverwaltung, S. 192).

[88]) Otto Mayer, Verwaltungsrecht (1895) I. Teil, S. 84.

[89]) S. 98.

Eine ähnliche Feststellung trifft Herrnritt[90]: „Der Richter wird sich innerhalb des ausgesprochenen Zweckes der Norm meistens nur auf die Interpretation desselben und auf die Würdigung des Tatbestandes bei ihrer Anwendung auf den einzelnen Fall beschränken".

Die Freiheit, die dem Richter zukommt, sieht man also als eine ganz andere an als die, die den Ermessensfällen zugrunde liegt[91]). Die erste gehe auf die Bestimmung dessen, was in Zweifelsfällen „dem anzunehmenden Willen des Gesetzes entspricht". Die Ermessensfreiheit aber sei eine Freiheit vom gesetzlichen Vorstellungsinhalt. Sie sei schöpferisch und nicht bloß erkennend, produktiv und nicht reproduktiv. Sie gestatte es, der persönlichen Auffassung von der Sache weitgehend Geltung zu verschaffen, während jene dem unpersönlichen Willen des Gesetzes unterworfen bleibe. Der Ermessensakt sei nicht vollständig in den gesetzlichen Regeln befangen, wie die Freiheit des Richters. Er gehe von der Rechtsordnung aus, gründe sich auf ihren Willen und ihre Ermächtigung, diene ihren Zwecken, um alsbald über sie hinauszugehen — gleich einem Schiffe, das vom Reeder auf den Weg geschickt, unter Führung des Kapitäns auf freier See den eigenen Kurs suche.

Zur Bezeichnung dieser Verschiedenheiten spricht man einmal von einem echten „administrativen freien Ermessen" und zum anderen von einem „richterlichen, gebundenen Ermessen". Eingedenk dessen, daß das letztere eigentlich nichts weiter ist als Gesetzesanwendung, Entscheidung, Rechtsprechung[92]).

*

Aus dem Rechtsstaatgedanken, der in der Forderung gipfelt, daß im Staate Herr der realen Macht nicht der Mensch, sondern das normative Gebilde Recht sein soll[93]), erwuchs die Forderung, daß die Staatstätigkeit in vollem Umfange dem unpersönlichen Gesetz zu unterwerfen sei; denn „frei sein heißt, von nichts anderem als vom Gesetze abhängen"[94]). Herrnritt[95]) hat diesen Gedanken in folgender Weise zum Ausdruck gebracht:

„Das Ideal rechtsstaatlicher Verwaltung wäre die Bindung der Verwaltungstätigkeit bis in ihre letzten Einzelheiten".

Es ist verständlich, daß sich diese Tendenz insbesondere gegen das „freie Ermessen" der Verwaltungsbehörden richtete, dessen Existenz wegen seiner Abhängigkeit von dem Wissen und

[90]) a. a. O. S. 291.
[91]) Vergl. Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 38.
[92]) Otto Mayer, Verwaltungsrecht (3. Aufl.) I. Teil, S. 98.
[93]) Vergl. Carl Schmitt, Über die drei Arten, S. 13.
[94]) Voltaire, Pensées sur l'administration publique (XXIII 526) zitiert nach Drost, Ermessen des Strafrichters, S. 85.
[95]) Grundlehren, S. 297.

Wollen fehlbarer Menschen eine Gefahr für die Freiheit des Individuums bildete. — Das zeigen folgende Ausführungen[96]):

„Allein die Hauptaufgabe, nämlich die Entscheidung darüber, ob in einem gegebenen Falle ein öffentliches Interesse vorliege, ist der Gesetzgeber gezwungen, der Verwaltungsbehörde zu überlassen. Damit wird aber der weitgehende Schutz, den der Rechtsstaat dem Einzelnen gegen die Verwaltung zugebilligt hat, wieder in Frage gestellt, wenn es nicht gelingt, gegen die Gefahr einer Überspannung des „öffentlichen Interesses" (durch die Person)[97]) Garantien irgendwelcher Art zu schaffen".

„Ganz frei darf mithin das Ermessen des Verwaltungsbeamten nicht sein"[98]); denn dann wäre es nach der Mentalität jener Zeit der „Willkür" gleichzusetzen. Aber welchen Regeln soll man es nun unterwerfen?

Georg Jellinek erklärt, daß die „freie Tätigkeit" der Behörde „von der allgemeinen Norm pflichtmäßigen Handelns" beherrscht sei[99]). Aus Erörterungen, die er im Hinblick auf die Ausübung rechtlicher Befugnisse anstellt[100]), geht nun hervor, daß die so begründete Pflicht keine Rechtspflicht, sondern eine ethische Pflicht sein soll:

„Hier ist einer der Punkte, in denen sich Sittlichkeit und Recht berühren und es klar wird, daß das ganze Recht haltlos in der Luft schwebt, wenn es sich nicht auf dem festen Grund ethischer Überzeugungen der Machthaber stützen kann".

Ermöglicht es eine solche Auffassung, die praktische Funktion der Staatstätigkeit auch in solchen Fällen als sinnvoll zu begreifen, wo sie auf einen Rechtssatz nicht zurückführbar ist, so gewährt sie doch nicht das, was eine liberalistische Rechtslehre gerade erstrebt, die Garantie für ein bestimmtes Verhalten in diesen Zweifelsfällen. Was hindert die Wirksamkeit eines in diesem Sinne pflichtwidrigen Aktes? Man mag seinen Urheber verachten, aber man kann ihn weder strafen, noch die Folgen von sich abwenden. Was unmoralisch ist, ist noch nicht rechtswidrig!

In ähnlicher Weise wie Jellinek äußert sich Herrnritt[101]):

Auch wo die Zweckbestimmung des Handelns dem betr. Staatsorgane überlassen sei, sei es „nicht ganz sich selbst überlassen. Mindestens aus der allgemeinen Pflicht zur Wahrung und Förderung des öffentlichen Wohles, wie dieses mit Rücksicht auf den jeweiligen Stand der Gesetzgebung der sozialen und wirtschaftlichen Lebensverhältnisse im gegebenen Zeitpunkte aufge-

[96]) Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, S. 140.
[97]) Eingefügt vom Verfasser.
[98]) Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 24 ff.
[99]) a. a. O. S. 618.
[100]) a. a. O. S. 630.
[101]) Herrnritt, Grundlehren, S. 297.

faßt wird, läßt sich für die Behörde ein Fingerzeig bei der Wahl des von ihr einzuhaltenden Weges zur Fällung der Entscheidung finden".

Wenn damit das Bestehen einer allgemeinen Rechtspflicht anerkannt werden soll, so ist zu fragen: Wie heißt der Rechtssatz aus dem sie sich ergibt? Da Herrnritt in dieser Richtung keine weiteren Feststellungen getroffen hat, so kommt seiner Ansicht in dieser Beziehung keine Bedeutung zu. Sollte er jedoch — wie Jellinek — die Herausstellung einer ethischen Pflicht beabsichtigt haben, so gilt hier das Gleiche wie dort: Eine praktische Beschränkung „freien Ermessens" folgt daraus nicht[102]).

Otto Mayer[103]) ist der Ansicht, daß die Staatsbehörde bei Ausübung „freien Ermessens" nicht frei „über die ihr überlassene Macht" verfügen dürfe. „Sie ist auch hierin gebunden an Sinn und Zweck der Überlassung und an die Einhaltung der Richtung, welche ihr vom Gesetze dadurch gegeben ist"[104]).

Eine praktische Bedeutung kommt dieser Auffassung im Sinne der „Rechtsstaatsidee" ebenfalls nicht zu. Aus der Tatsache, daß das Gesetz sachlich gar nichts bestimmt hat, ergibt sich kein weiterer Sinn und Zweck als der, daß die Verwaltung ihrerseits für einen gewissen Gegenstand und Geschäftszweig bestimme, was in einem ihr anbefohlenen öffentlichen Interesse erforderlich und angemessen erscheint. Für die inhaltliche Ausgestaltung „freien Ermessens" folgt daraus nichts. Kann gar nichts folgen, denn dann hätte ja das Gesetz den Fall in einer das Ermessen ausschließenden Weise sachlich bestimmt. — In den späteren Auflagen[105]) des Lehrbuches finden sich die eben zitierten Ausführungen in dieser Form nicht wieder.

Fleiner glaubt nun das Ermessen dadurch beschränken zu können, daß er es dem Grundsatz der Rechtsgleichheit unterwirft:

„Die Behörde darf bei Gleichheit der tatsächlichen Verhältnisse und Gleichheit der Rechtslage einen Bürger oder eine Kategorie von Bürgern nicht anders behandeln, als alle übrigen"[106]).

---

[102]) Das Reichsgericht spricht in Bd. 99, S. 256 von dem Bestehen einer „Amtspflicht" in den Ermessensfällen. In einer Entscheidung Bd. 2, S. 411 spricht das Reichsgericht von einem dem Beamten „zur Pflicht gemachten Ermessen". Der Gedanke der Pflichtmäßigkeit des Ermessens ist in vielen anderen Entscheidungen des Reichsgerichtes anzutreffen. Vergl. weiterhin RGSt. 4, S. 103; RGSt. 5, S. 208; RGSt. 6, S. 403; RGSt. 24, S. 218; RGSt. 26, S. 26 usw.

Auch im Schrifttum ist von einer „Pflichtmäßigkeit" der Ermessensausübung ganz allgemein die Rede. Im Hinblick auf diese Beschränkung der Ermessensausübung spricht man sogar da und dort von einem „pflichtmäßig freien Ermessen" (Heilbron).

[103]) Vergl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd. (1895) S. 85.

[104]) Ebenso Herrnritt; Grundlehren, S. 293.

[105]) Vergl. dazu 3. Auflage (1924).

[106]) Einzelrecht und öffentl. Interesse, S. 3.

Da nun die Gleichheit verschiedener Bedeutung fähig ist, kann die Frage, wer als gleich, wer als ungleich zu behandeln ist, nicht unter einem aus ihr selbst zu entnehmenden Gesichtspunkte beantwortet werden. Sie setzt vielmehr voraus, daß nach anderen Grundsätzen die Gleichheit oder Ungleichheit bereits festgestellt ist. Diese Grundsätze folgen aber mangels näherer gesetzlicher Bestimmung unmittelbar aus den Bedürfnissen und Interessen des staatlichen Lebens. Diese Auffassung führt mithin zu keinem brauchbaren Ergebnis. Sie bindet die Ausübung des Staatsinteresses — durch das Staatsinteresse. Sie kehrt damit in einem circulus vitiosus immer wieder an den Ausgangspunkt zurück, über den sie sich erheben wollte.

Hatte Fleiner erklärt[107]), „daß eine größere Bestimmtheit (des Ermessens) auch dann nicht erreicht werde, wenn es der Gesetzgeber durch den Hinweis auf die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit näher zu umschreiben versucht", so bestand bei einer Reihe von Schriftstellern das Bedürfnis, den Einzelnen gegenüber der mißbräuchlichen Anwendung des Ermessens durch ein „oberstes Gesetz" zu schützen. „Es fragt sich bloß, wie man dieses Gebot ausdrücken soll." Um alle Modalitäten behördlichen Handelns umfassen zu können, sei eine weitgefaßte Formel am Platze. Die beste, weil denkbar allgemeinste scheine zu sein: „Handle so, wie es den Staatszwecken entspricht"[108])[109]).

Diese und ähnliche Formulierungen sind zwar zunächst in ihrer rechtlichen Bedeutung ebenso umstritten[110]) wie die in den Gesetzen wiederkehrenden Begriffe „Gemeinwohl", „öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung", „Notwendigkeit einer Maßnahme" usw. Sie gewinnen indessen bald festere Gestalt. Vornehmlich war es das preußische Oberverwaltungsgericht, dessen Rechtsprechung die vielgebrauchte Formel, der Begriff des ‚öffentlichen Interesses' sei ein völlig nichtssagender, einer Analyse nicht fähiger[111]), widerlegt hatte[112]). Bedeutungsvoll sind in dieser Richtung weiterhin die Untersuchungen Tezners[113]).

*

Was die hier zusammengefaßten Lehrmeinungen von den im vorigen Hauptabschnitte besprochenen grundsätzlich unter-

[107]) Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, S. 140.
[108]) Ottmar Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 24 f. passim.
[109]) Vergl. Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, S. 8 Ebenso Laun, „Freies Ermessen", S. 64. Ebenso Sauer, i. Festschrift f. RG. Bd. I, S. 143.
[110]) Vergl. Teuffel, Die Rechtsbeschwerde, S. 39 f. oder Fritz Fleiner, Einzelrecht und öffentl. Interesse, S. 3.
[111]) Vergl. Fleiner, Institutionen, S. 133 Anm. 2 oder Laun, Freies Ermessen, S. 66, 72, 205.
[112]) Vergl. beispielsweise in der Sammlung der Entscheidungen des O.V.G. (herausgegeben von Jebens, Meyeren und Jakobi) Bd. 9 Nr. 52.
[113]) Vergl. Tezner „Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden" § 2.

scheidet, ist die Beschränkung der Betrachtungsweise auf die rechtliche Eigenart des Staatslebens. Die allgemeine Aufgabe der Verwaltung, den wechselnden Lebensbedürfnissen des Staates zu dienen, interessiert den Juristen nicht. Daher liegt ihm insbesondere die Feststellung fern, die vordem im Mittelpunkte der Erörterungen des Ermessensproblems stand, daß die Richtungnahme auf die Befriedigung der Staatsinteressen in den Ermessensfällen der eigenen Initiative des Handelnden entspringt, während sie bei Vorliegen einer Spezialnorm vom Gesetzgeber (in abstracto) bestimmt ist[114]). Seiner Auffassung nach kommt der problematische Gegensatz von freier und gebundener Tätigkeit der Verwaltungsbehörden lediglich in der besonderen Form behördlicher „Gesetzesvollziehung" zum Ausdruck.

Diese Neuorientierung des Ermessensproblems spiegelt sich in den gewonnenen Begriffsbestimmungen „freien Ermessens" wieder.

Während noch Bühler[115]) ein „freies Ermessen" bezeichnete als „die vom Gesetz einer Behörde gewährte Möglichkeit, die Entscheidung in einer Verwaltungsmaßnahme danach zu treffen, ob sie ihre Wirkung vom Standpunkte der Förderung der Staatszwecke aus für wesentlich hält oder nicht", findet bei Herrnritt[116]), Mayer[117]), Hofacker[118]), Fleiner[119]) u. a. die eigentliche Richtung der Verwaltungstätigkeit in den Fällen „freien Ermessens" keine besondere Hervorhebung. Ebensowenig erinnert man sich ihrer da, wo die Behörde bei Gegebensein detaillierter Gesetze zu ihren Maßnahmen nur bestimmte Gründe und diese nur mit der vom Gesetz ihnen beigelegten Bedeutung berücksichtigen darf.

Die neue Stufe in der Entwicklung des Ermessensproblems, die mit der hier zur Darstellung gebrachten Auffassung von der Sache erstiegen war, bleibt freilich nicht die letzte. Andere folgen ihr, stützen sich auf sie, um schließlich darüber hinauszuführen. So gewinnt das Problem allmählich den Standort, auf dem wir es heute zu sehen gewohnt sind.

Vordem hatte man die Richtung der Akte „freien Ermessens" und „gesetzlicher Gebundenheit" auf die Befriedigung der Staatsinteressen hin besonders betont und hervorgehoben. Damit war der problematische Gegensatz als etwas der Verwaltung (im weiteren Sinne) Eigentümliches gekennzeichnet worden. Das Vorgehen des Richters bei der Urteilsfindung stand mithin außerhalb der Diskussion über diese Frage.

---

[114]) Vergl. oben S. 23.
[115]) Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 26.
[116]) Grundlehren, S. 292.
[117]) Verwaltungsrecht III. Aufl., S. 99.
[118]) Staatsverwaltung, S. 186.
[119]) Institutionen, S. 132.

Wenn man jetzt sowohl das „freie Ermessen" als auch die „gesetzliche Gebundenheit" lediglich in ihrer rechtlichen Eigenart zu erfassen suchte und ihre Richtung auf die Befriedigung der Staatsinteressen als unwesentlich beiseite schob, so stand einer Feststellung gleicher Verhälnisse in anderen Fällen der Rechtsverwirklichung lediglich der Umstand entgegen, daß ein „freies Ermessen" letzten Endes durch die Eigentümlichkeit der Verwaltung bedingt war.

„Gesetzliche Gebundenheit" zeige sich überall. Besonders trete sie bei der rechtsprechenden Tätigkeit des Richters in Erscheinung, dessen enge Bindung an das Gesetz das Ergebnis lang erhobener politischer Forderungen sei. Ein „freies Ermessen" im Sinne schöpferischer Rechtsgestaltung sollte indessen der Verwaltung vorbehalten sein; denn die Entwicklung des Verkehrs, der Fluß der Ereignisse, aus welchem ununterbrochen ihre neuen Aufgaben geboren wurden, spotte in vielen Fällen einer genauen gesetzlichen Vorbestimmung.

Der Kreis der Ermessensfälle mußte sich nun über den Bereich der Gesetzesvollziehung in der Verwaltung hinaus erweitern, als man zu erkennen glaubte, daß der Richter ebenso unsicheren und beweglichen Verhältnissen gegenüberstand wie der Verwaltungsbeamte.

Die Gesetze bleiben, einmal abgefaßt, wie sie geschrieben wurden. Die Menschen hingegen rasten nie, handeln stets, und diese Bewegung verursacht jeden Augenblick eine neue Verbindung, eine neue Tatsache, ein neues Ergebnis. Kaum ist ein Gesetzbuch fertig, so müssen sich also dem Richter schon tausende von unerwarteten Fällen bieten. Wie sollte er ihnen bei strenger Bindung an starre Normen gerecht werden können? So argumentierte man, so fragte man sich.

Es lag nahe genug, das mit dieser Frage aufgeworfene Problem ebenso zu lösen, wie man es bezüglich der Tätigkeit der Verwaltungsbehörden versucht hatte.

So kam man dazu, mit lauter Stimme die Befreiung der Rechtsprechung von der Diktatur der starren und unbeweglichen Rechtsnormen zu verkünden. Nicht die mechanische Anwendung des Gesetzes, sondern seine wahre Ergänzung sollte ihre Aufgabe sein. Diese Feststellung setzte allerdings voraus, daß ihr vom Gesetzgeber auch die Möglichkeiten dazu gegeben waren. Dem suchenden Blicke boten sie sich nur allzubald. Die Lücken im Gesetze, das Gegebensein von Allgemein- und Wertbegriffen, schließlich sollte jeder Rechtssatz dem Urteilenden die Gelegenheit geben, bei der Rechtsverwirklichung unter Einsatz seiner Persönlichkeit „frei" zu wirken.

Ein „freies Ermessen", was man bisher als eine Sondererscheinung auf dem Gebiete der Verwaltung angesehen hatte, schien also überall dort, wo Recht angewendet wurde, gegeben

zu sein. Insbesondere aber glaubte man hervorheben zu müssen, daß auch dem Richter ein Stück eigener Rechtsbestimmung überlassen war.

Eine Anerkenntnis richterlichen „freien Ermessens" findet sich bereits bei einigen in diesen Zusammenhang gestellten Schriftstellern.

Hofacker[120]) betont zwar, daß das „freie Ermessen" in der Verwaltung die Hauptrolle spiele, aber auch in der ordentlichen Gerichtsbarkeit komme es vor. Beispielsweise gebe es viele Handlungen der Prozeßleitung und eine Reihe von Tätigkeiten der Staatsanwaltschaft, die durchaus freie Ermessenshandlungen seien. Aber auch bei der Urteilsfindung im engeren Sinne zeige es sich. Insbesondere sei die Auswahl der Strafen innerhalb des Strafrahmens eine „freie Ermessenshandlung". Lediglich die zivilgerichtliche Entscheidung eines Rechtsstreites vollziehe sich in engster Gebundenheit an das Gesetz.

Noch einen Schritt weiter geht Loening[121]), wenn er auch bezüglich der Urteilsfindung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten das Gegebensein „freien Ermessens" behauptet:

„Es genügt darauf hinzuweisen, daß es unzweifelhaft Urteile der Zivilgerichte, wie der Strafgerichte gibt, welche nicht nur aussprechen, was das Gesetz für diesen Fall schon bestimmt hat .. . sondern welche, ebenso wie ein Verwaltungsakt des freien Ermessens, schöpferisch wirksam sind und bestimmen, was in diesem Falle Rechtens sein soll."

Als Beispiele führt er in der bürgerlichen Rechtspflege die Teilungs- und Auseinandersetzungsurteile an, in der Strafrechtspflege verweist er auf die Urteile, durch welche auf die Zulässigkeit von Polizeiaufsicht oder auf die Überweisung an die Landespolizeibehörde erkannt wird.

Fleiner[122]) äußert sich in ähnlicher Weise:

„Das freie Ermessen spielt in der Verwaltung in der Tat eine große Rolle. Der Verwaltung eigentümlich ist es aber nicht. Denn dem Richter überträgt das Gesetz in gleicher Weise nicht selten die Aufgabe, innerhalb eines bestimmten Rahmens sein freies Ermessen walten zu lassen, z. B. eine Schadensersatzsumme nach selbständiger Würdigung aller in Betracht fallendem Momente zu bemessen. Es ist der Gegensatz von freier und gebundener Tätigkeit, der hier in Erscheinung tritt. Der Verwaltungsbeamte, der das Gesetz vollzieht, nimmt somit keine andere Tätigkeit vor, als der Richter, der nach Maßgabe des Gesetzes Recht spricht."

*

---

[120]) Staatsverwaltung, S. 192.

[121]) Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile. Verw.-Archiv, Bd. 7, S. 33.

[122]) Institutionen, S. 6/7.

Bevor wir nun die hier angedeutete Weiterentwicklung des Ermessensproblems im einzelnen verfolgen, wollen wir rückblickend die Richtigkeit jener Lehrmeinungen zu prüfen suchen, die in diesem Abschnitte Gegenstand unserer Darstellung gewesen sind.

Das Staatsdenken im liberalen Staate betrachtete den Gegensatz von Politik und Recht als einen Fundamentalsatz.

Wie schon die Forderung nach einem „Rechtsstaate" zur Genüge beweist, kommt darin nicht etwa ein Gegensatz von Staat und Recht, von Staatsinteresse und Rechtsinteresse zum Ausdruck. Politik und Recht stehen sich vielmehr im Sinne von subjektiv-persönlicher Wahrnehmung der Staatsinteressen und objektiv-rechtlicher Bestimmung der Staatsinteressen gegenüber[123]). Mit den Augen des Juristen gesehen, würde sich diese Antithese als Gegensatz von rechtsnormfreier Sphäre und dem Gebäude der Rechtsordnung, von freiem Handeln in dieser Sphäre und dem an enge Räume gebundenen Wandeln im künstlichen Bau des Rechtes darstellen.

Rechtliches Handeln wurde dementsprechend als ein Handeln auf Grund eines abgeschlossenen Systems, politisches Handeln dagegen als etwas durch ein System nicht vorausbestimmtes angesehen. Rechtliches Handeln war berechenbar und dafür vom Einzelnen von vornherein abwägbar und wohl auch abwehrbar; politisches Handeln dagegen war unberechenbar und daher für den Einzelnen nicht meßbar. Rechtliches Handeln war im wesentlichen notwendiges Handeln, politisches Handeln dagegen beruhte auf freier Entscheidung.

Hinter diesen logisch scharf zugespitzten Antithesen stand das Bestreben, die Willkür der Beamten, die in der politischen

---

[123]) Dagegen sollte nicht eingewendet werden, daß man das Wesen des Rechtes nicht allein darin sah, Staatsinteressen zu bestimmen, sondern daß es ganz allgemein als Inbegriff der „generellen Anordnungen für das menschliche Gemeinschaftsleben" bezeichnet wurde. Ebensowenig sollte man dagegen einwenden, daß sich nach liberaler Auffassung die Politik nicht auf einseitige Wahrnehmung der Staatsinteressen beschränken soll, sondern ganz allgemein die „Gestaltung menschlichen Gemeinschaftslebens" zur Aufgabe hat. Diese Feststellungen sind zwar an sich richtig, sie besagen aber nichts gegen die Richtigkeit des von uns formulierten Gegensatzes.

In der vielgestaltigen Besonderheit ihres Wesens, in allen ihn nur denkbaren Eigenartigkeiten sind sich zwei Gegebenheiten des geistigen und natürlichen Lebens weder gleich, noch können sie sich in diesem Umfange gegenüberstehen. Die Feststellung eines logischen Verhältnisses dieser Art ist also immer eine geistige Konstruktion, eine Fiktion. Sie beruht darauf, daß man die Gegebenheiten unter e i n e m Gesichtspunkte betrachtet.

Das ist nun hier geschehen. Recht und Politik sind in ihrer — zweifellos gegebenen — Richtung auf das öffentliche Interesse gedacht und dann verglichen worden. Die Tatsache, daß dieser Gesichtspunkt, auf dem der Gegensatz beruht, nicht das Wesen des Rechtes und der Politik erschöpft, besagt also nichts gegen die Richtigkeit des Gegensatzes an sich. Sie spricht höchstens dafür, daß jeder Vergleich, jeder Gegensatz, einseitig und relativ ist. —

Entscheidung zum Ausdruck kam und das Individuum im ruhigen Genuß seiner sozialen Freiheit störte, einzudämmen und in ihren Auswüchsen hintanzuhalten. Das Recht wurde demgemäß als etwas die Willkür Bindendes und daher Erstrebenswertes, die Politik aber als etwas Ungebundenes und daher Bekämpfenswertes angesehen.

Die Parteinahme der öffentlichen Meinung für das Recht führte nun zu einer immer stärkeren Kodifikation und damit zu einer stärkeren Minderung der Möglichkeit, die Staatsinteressen in freier Weise wahrzunehmen. Sie führte die Rechtswissenschaft im besonderen dazu, Politik und Recht, politische Fragen und Rechtsfragen scharf zu trennen, um sich mit besonderer Reinheit der Betrachtung der letzteren hingeben zu können. Da nun die Grenzlinie zwischen politischen und rechtlichen Fragen — objektiv gesehen — nicht eindeutig festlag, so bot sich auch ihr die Möglichkeit, die Sphäre des Rechtlichen immer weiter auszudehnen.

Zunächst hatte man die ganze Gerichtsbarkeit in allen ihren Zweigen als eine Tätigkeit in der Sphäre des Rechtes von den eigentlich politischen Tätigkeitsäußerungen des Staates in der Verwaltung und Regierung abgetrennt. Jetzt setzte man auch die Verwaltung mit dem Hinweis auf ihre „Gesetzmäßigkeit" ebenso wie die Rechtspflege in Gegensatz zur Politik. Es ist bezeichnend, wenn Fleiner in seinen berühmten Institutionen das Kapitel „Verwaltungsgerichtsbarkeit" mit folgenden Sätzen beginnt: „Der Rechtsstaat ist in Deutschland dadurch entstanden, daß die Justizeinrichtungen auf die Verwaltung übertragen worden sind. Die Verwaltung ist eine an das Recht gebundene Tätigkeit[124]." Aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, d. h. des Verbots eines Verwaltungsaktes ohne gesetzliche Grundlage entwickelte sich dann mehr und mehr auch eine äußere Angleichung der Tätigkeit der Verwaltung an die Formen der Justiz, so daß Fleiner mit gewissem Rechte weiter behaupten konnte, daß die Verwaltung in gleicher Weise „wie die Rechtsprechung Vollziehung des Gesetzes" sei[125]).

Nun ließ sich aber nicht alle Verwaltungstätigkeit in die Zwangsjacke der starren Norm pressen. Demzufolge entwickelte sich eine Verwaltungstätigkeit, deren Inhalt unmittelbar im Gesetze vorgeschrieben ist, und eine Verwaltungstätigkeit, bei der die Bindung an die Norm nur eine Fiktion ist, als ihr nämlich vom Gesetze die Freiheit des Entschlusses zu irgendwelchen mehr oder minder weit freigegebenen Handlungen eingeräumt ist.

So stellt sich der Gegensatz von Rechts- und Ermessensfrage dar als der Gegensatz von gebundener und freier Gesetzesvollziehung, von Rechtsanwendung und Rechtsschöpfung.

---

[124]) Institutionen, (1928), S. 236.
[125]) Institutionen, (1928), S. 133.

Die These vom rechtsschöpferischen Charakter der Verwaltungsakte, die übrigens bis in die neueste Zeit hinein unerschüttert geblieben ist[126]), ist — wie wir sahen — aus der allgemeinen Abneigung des Liberalismus gegen die Politik und dem daraus erwachsenen Triebe, die Staatstätigkeit weitgehenst zu verrechtlichen, geboren worden. Mit der Erkenntnis ihres Werdens und Entstehens ist jedoch für uns um so weniger ihre Billigung verbunden, als wir bezüglich des Wertes der Politik[127]) im Staatsleben eine ganz andere Auffassung haben als der liberale Denker.

Der im liberalen Staate herrschenden Überschätzung der technischen Rechtsformen entsprach es, daß man weniger nach dem Geiste der öffentlichen Verwaltung als solchem fragte, sondern sich in Rechtskonstruktionen erging, deren Hauptsinn darin bestand, dem Individuum gegen das willkürliche Wollen und Handeln der Staatsbeamten möglichst weitgehenden Schutz zu gewähren. Wir glauben indessen dem Geiste und dem Sinn der Verwaltung mehr Beachtung schenken zu müssen. Ist er doch das eigentlich gestaltende Prinzip ihrer Tätigkeit. Aus seiner Hand empfängt sie ihre Vernünftigkeit und ihre Berechtigung.

Diesem ihren Sinn nach ist nun die Verwaltung ebenso wie die Regierung eine ausgesprochen politische Funktion des Staates. Sie richtet sich — im Gegensatz zur Rechtsentscheidung des Richters — immer unmittelbar an der Gemeinschaft aus. „Ihr höchstes Ziel ist die Erhaltung und Stärkung der nationalen Lebensordnung", ihr Zweck „die stete Verwirklichung der öffentlichen Aufgaben"[128]). Auf die Erreichung dieser Ziele und Erfüllung dieser Aufgaben sind dann auch die Organe ihrer Ausübung verpflichtet. Diese Verpflichtung entspringt freilich keinem contrat social, keinem volonté général, noch einem sonstigen rechtlichen oder politischen Auftrage. Diese Verpflichtung entspringt allein den kategorischen Forderungen einer Idee, und zwar der Idee vom Wesen des Staates und seiner zweckmäßigsten Organisierung. Was das im Befehl sich entladende selbstherrliche Wollen eines Menschen nicht vermag, was keine Drohung, was kein Zwang erreicht, das ermöglicht hier allein die Idee; denn Pflicht beruht auf dem Gefühl der Verbindlichkeit, auf innerer Anerkennung eines Sollens, und dieses Gefühl der

---

[126]) Vergl. Ernst Rudolf Huber, Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts in Grundfragen der Neuen Rechtswissenschaft, S. 176. Ebenso Köhler, Grundlehren der deutschen Verwaltungsrechte, S. 155, 157.

[127]) Allerdings haben wir eine andere Auffassung vom Wesen der Politik als der Liberalist. Siehe oben S. 30 ff.

[128]) Koellreutter, Grundriß der Allgemeinen Staatslehre S. 237. Vergl. weiterhin seine Ausführungen in dem Aufsatze „Das Wesen des Politischen in der öffentlichen Verwaltung". (Reichsverwaltungsblatt 1933, S. 481 ff.)

Verbindlichkeit, diese innere Anerkennung kann nur eine Idee fordern, die objektive Geltung besitzt. Und so wird denn die Idee, und zwar die Idee des Politischen zum wahren Leitstern, zum eigentlichen Regulativ der Verwaltungstätigkeit. In innerer Verbundenheit mit ihr schaffen die Beamten zu ihrem Teil am Deutschen Staat.

Diesem Wesen der Verwaltung entspricht eine Bindung an das Recht.

Das Recht ist nicht etwas vom Staate Gemachtes und dadurch, als sein Geschöpf, ihm Fremdgewordenes, das seiner „ungebundenen Lebensweise", wie sie im Handeln seiner Organe zum Ausdruck kommt, kritisch gegenübersteht und sie in „seinem eigenen Interesse" zu beeinflussen und zu bestimmen sucht. Das Recht ist vielmehr ein wesentliches Stück des staatlichen Lebens, das mit dem Staate in unaufhörlicher Verbindung steht, das in dem Staate lebt und in dem der Staat lebt, so daß der Staat es zerstört, wenn er sich von ihm trennt und sich mit dieser Zerstörung selbst zerstört. Wenn nun die Verwaltung gerade diesen Staat zum Gegenstand und Ziel hat, so kann sie diese Zerstörung nicht beabsichtigen, sie muß sie vielmehr mit den ihr zur Verfügung stehenden Mittel zu hindern suchen. Das kann sie aber nur, wenn ihre Organe zur Beachtung der gesetzlichen Vorschriften verpflichtet sind. Und so ist denn die Bindung an das Recht, die für den Staat eine Vernunftnotwendigkeit ist, für die Verwaltungsbehörden eine politische Pflicht.

Die Rechtswahrung, zu der wir die Verwaltungsbehörden politisch für verpflichtet erachten, vermag jedoch den eigentlichen Charakter ihrer Tätigkeit nicht zu ändern. Die Verwaltung bleibt ihrer Idee nach zur unmittelbaren Erhaltung und Stärkung der nationalen Lebensordnung durch Wahrung der Verwaltungszwecke verpflichtet. Diesem Sinne nach ist die Tätigkeit des Verwaltungsbeamten keine rechtliche, sondern eine politische, und sie selbst ein durchaus außerrechtliches Phänomen. Das Verhältnis der Verwaltung zur Rechtsordnung, die wir auf den Bedeutungsgehalt der Rechtsnormen beschränken[129]), besteht nun darin, daß sich das Recht auf sie bezieht[130]), indem es die Tätigkeit der Verwaltungsbeamten in bestimmten Punkten normiert und damit an den Einzelnen die Anforderung stellt, in seinem Verhalten dieser Normierung zu entsprechen. Und nur insofern dies gefordert ist, hat es überhaupt einen Sinn, Ver-

[129]) Vergl. die Ausführungen auf S. 88 f.

[130]) Anders die Rechtsentscheidung. Sie hat ihren Sinn dadurch, daß sie der empirischen Rechtsordnung dient. Sie hat also ihrer Intentionalität nach eine Beziehung auf das Recht. Die hier genannten Handlungen beziehen sich aber gar nicht auf das Recht, sondern das Recht bezieht sich auf sie.

waltungsmaßnahmen unter einem rechtlichen Gesichtspunkte zu betrachten[131]).

Aus dem Wesen der Verwaltung und der Art ihrer Rechtsgebundenheit folgt nun, daß der Verwaltungsakt kein Rechtsakt ist[132]). Im Gegensatz zu den Rechtsnormen ist er außerrechtlicher Natur, im Gegensatz zu den Rechtsentscheidungen dient er nicht einmal ausschließlich dem Rechte und kann deshalb ebensogut nach anderen Normenkomplexen beurteilt werden. Sein fernes Ziel ist das politische Ideal, seine Aufgabe, die Erfüllung eines bestimmten Verwaltungszweckes, seine Form ist der Befehl[133]), seine Überlegenheit gegenüber dem Einzelnen beruht auf der Zwangsgewalt des Staates[134]). Daran ändert auch die Rechtsnorm nichts, die ihn an bestimmte Voraussetzungen bindet und seine Ausgestaltung in bestimmten Punkten bedingt. Fordern doch jene Normen nicht, daß die Beamten aus Liebe zur Idee sich in den Dienst ihrer „Vollziehung" stellen, sie fordern überhaupt keine innerliche Einstellung auf das Recht und deshalb auch kein eigentlich rechtliches Handeln. Wenn die Rechtsnormen ihnen gemäßes Verhalten herbeiführen und ihnen widersprechendes Verhalten verhindern wollen, dann fordern sie lediglich, daß die betreffenden Beamten unbeschadet der Art ihres Pflichtlebens ihren Geboten und Verboten im Ergebnis entsprechen; sie fordern lediglich legales Handeln.

Wir haben oben[135]) schon gezeigt, daß das politische Handeln kein subjektiv-bedingtes ist. Dort aber, wo es sich dem Rechte gemäß gestalten soll, kann ein subjektives „freies Ermessen" noch viel weniger gegeben sein. Soll doch in diesen Fällen der Mensch nicht durch sich selbst, sondern durch die Imperative der objektiven Rechtsnormen zum Handeln bestimmt werden.

---

[131]) Auch der private Verkehr kann nur insofern Gegenstand juristischer Betrachtungen sein, als er vom Rechte genormt und betroffen ist. Bei einem Geschäftsabschluß ist das beispielsweise nur bezüglich der Momente gestattet, die in den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen bezeichnet worden sind.

[132]) Die hier vertretene Ansicht haben wir nachträglich in dem Aufsatze von Reinhard Höhn „Das Führerprinzip in der Verwaltung" bestätigt gefunden. Der Verfasser sagt dort: „Der Verwaltungsakt schafft nicht mehr ein Rechtsverhältnis zwischen dem Staat und dem einzelnen, sondern ist die Durchführung von Aufgaben, die von der Führung gestellt sind". (Vergl. Deutsches Recht 1936, S. 306.)

[133]) Der Finanzbefehl und der Polizeibefehl zeigen diese Art am deutlichsten.

[134]) Die Zwangsgewalt des Staates begleitet auch die Rechtsvollzugsakte. A. A. Binder. Er hält den Zwang für einen Ausfluß des Rechtes, vergl. Rechtsphilosophie § 24.

[135]) Vergl. oben S. 30 ff.

c) Ermessen als Freiheit bei der „Rechtsverwirklichung" ganz allgemein.

Es ist im Laufe dieser Erörterungen schon mehrfach darauf hingewiesen worden, daß die Bedeutung des Rechtes nach Auffassung der Liberalisten darin bestand, das Individuum vor willkürlichen und unvorhersehbaren Eingriffen von Staatsbeamten in seine Fähigkeitssphäre zu schützen. Zu diesem Schutze schien das Recht deshalb besonders geeignet zu sein, weil es angeblich die Entscheidung eines Falles ohne jede persönliche Zutat seitens des Urteilenden einzig und allein auf Grund seines überparteilichen Willens ermöglichte. Dieser überparteiliche und unpersönliche Wille des Rechtes wurde für jeden praktischen Fall als existent angesehen, es galt nur, ihn durch eine gedankliche Operation, die sich in Form des sogenannten logischen Syllogismus zu vollziehen hatte, zu realisieren.

Gegen diese Rechtsauffassung wandte sich am Ende des 19. Jahrhunderts die wissenschaftliche Kritik.

Ihr Ausgangspunkt war die immer mehr ins Auge fallende Vielseitigkeit und Vielgestaltigkeit des modernen sozialen Lebens. Man glaubte in zunehmendem Maße zu erkennen, daß es dem Gesetzgeber unmöglich sein mußte, nicht nur die Vielseitigkeit der Lebenserscheinungen in Tatbestände einzufangen, sondern darüber hinaus durch seine Regeln den wechselnden Tagesbedürfnissen zu dienen.

Mit diesen Erkenntnissen wurde nun zugleich der Glaube erschüttert, daß sowohl der Verwaltungsbeamte als auch der Richter im Wege mechanischer Subsumtion alle auftauchenden Fälle zu lösen vermochten. Man räumte ihnen daher bei Rechtsentscheidungen oder — was man fälschlich für gleich erachtete — bei Vornahme gesetzlich angeordneter Handlungen eine wesentlich freiere, im Grunde souveräne Stellung gegenüber dem Gesetze ein, indem man sie überhaupt nicht als Organe bloßer Rechtsanwendung, sondern als Organe der Rechtsschöpfung und Rechtsbildung betrachtete.

Programmatisch für die neue Rechtsanschauung war die im Jahre 1885 erschienene Leipziger Rektoratsrede Oskar Bülows.

Kern dieser Schrift ist die Bekämpfung der Auffassung, daß das Gesetz imstande wäre, unmittelbar Recht zu schaffen. Es erteile vielmehr nur die Anweisung, wie die Rechtsordnung eingerichtet werden soll und bedürfe als solches einer Konkretisierung durch die sich auf den Einzelfall beziehende Funktion des Richters. Damit sei aber dann, so betont Bülow, dem Richter der Beruf eigener Rechtsfindung und Rechtsschaffung eröffnet; denn es wäre eine häufig angewandte und wohlerprobte Methode

der Gesetzgebung geworden, die Gerichte in vielen und wichtigen Beziehungen ausdrücklich zur freien Wahl zwischen mehreren Rechtsnormierungen zu ermächtigen.

Welchen Einfluß hatte nun die Änderung der Rechtsauffassung für die weitere Entwicklung des Ermessensproblems?

Bisher war man der Ansicht gewesen, die Wirklichkeit des Rechtes beschränke sich auf den Bedeutungsgehalt seiner Vorschriften. Das Recht im Sinne der Juristen sollte also ein Recht der Gesetzesnormen und Paragraphen sein. Den Entscheidungen wurde demgegenüber keine besondere rechtliche Bedeutung beigelegt. Man hielt sie für einen Ausfluß und Ausdruck der bereits im Gesetze enthaltenen hypothetischen Regelung und erachtete sie in diesem Sinne als rechtlich gebunden. Im freien Ermessen sollte dagegen jede Maßnahme eines Staatsorganes stehen, die rechtlich frei war d. h. nicht irgendwie durch die Rechtsnormen bestimmt wurde, sondern ein Ergebnis der eigenen, unbeeinflußten Initiative des Handelnden war.

Die neue Lehre bestritt die Bedeutung der Rechtsnormen und sah die Wirklichkeit des Rechtes allein in dem Ergebnis der Rechtsgestaltungsarbeit des Richters oder des Verwaltungsbeamten beschlossen. Das bringt Oskar Bülow[136]) mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck, wenn er feststellt, daß das Gesetz selbst „noch kein geltendes Recht" sei, daß es „nur ein Plan, nur der Entwurf einer zukünftigen, erwünschten Rechtsordnung ist, was der Gesetzgeber von sich aus fertig zu bringen vermag", und daß es die richterliche Tätigkeit sei, die „das vom Gesetz nur begonnene Rechtsordnungswerk fortführen und vollenden hilft". Nach dieser Auffassung war die Entscheidung oder die behördliche Maßnahme nicht vollinhaltlich normgebunden, sondern teilweise das Ergebnis freier rechtsschöpferischer Tätigkeit des rechtsanwendenden Beamten. Da nun nach der alten Ermessenslehre, die trotz grundsätzlicher Wandlung der Rechtsauffassung unverändert übernommen wurde, eine Maßnahme insoweit im Ermessen des Staatsorganes stand, als sie nicht Ausfluß einer allgemeinen Rechtsregel war, stellte man konsequenterweise fest, daß die behördliche Maßnahme oder das richterliche Urteil im freien Ermessen des rechtsanwendenden Beamten stehe.

Einer Identifizierung des freien Ermessens mit der angeblichen Rechtsgestaltungsarbeit des Richters oder Verwaltungsbeamten standen um so weniger Bedenken entgegen, als man ja die ursprüngliche Richtung freien Ermessens auf die Befriedigung der Staatsinteressen als unwesentlich beiseite gestellt hatte.

In welchen Phasen vollzog sich nun diese Entwicklung im einzelnen? —

[136]) Gesetz und Richteramt, S. 3 ff.

aa) Freies Ermessen bei Gegebensein von „Gesetzeslücken".

Das Gesetz hat Lücken! Und zwar nicht nur scheinbare, sondern echte, wirkliche Lücken. Irgendein x-beliebiger Sachverhalt brachte es an den Tag, auf den beim besten Willen keine der zahlreichen gesetzlichen Bestimmungen passen wollte. Die wissenschaftliche Forschung, die sich mit besonderem Eifer diesem Probleme zuwandte, glaubte nun ihrerseits nicht nur zufällige, sondern auch vorbedachte und gewollte Lücken im Gesetze feststellen zu müssen. Letztere sollten da gegeben sein, wo der Gesetzgeber eine knifflige Frage bewußt „der Wissenschaft und Praxis" zur Beantwortung überlassen hatte[137]).

Diese neuen Erkenntnisse widersprachen dem überkommenen Grundsatze, daß sich jede Entscheidung mit irgendeinem Paragraphen restlos belegen lasse und eröffneten dem Gedanken eine Gasse, daß auch bei der Rechtsverwirklichung der dazu berufene Beamte in bestimmtem Umfange unabhängig vom Gesetze tätig sei. Lasse sich in solchen Fällen weder im Gesetzesrechte, noch im Gewohnheitsrecht eine Norm für sein Verhalten feststellen, so müsse er seine Entscheidung eben im Sinne einer Rechtsschöpfung nach freiem Ermessen treffen, wollte er sich nicht dem Vorwurfe der Rechtsverweigerung aussetzen. Es frage sich nur, nach welchen Gesichtspunkten der rechtsanwendende Beamte hierbei zu verfahren habe.

Der berühmte Artikel 1 des Schweizer Zivilgesetzbuches, demzufolge der Richter in solchen Fällen „nach der Regel entscheiden soll, die er als Gesetzgeber aufstellen würde", gebe auf diese Frage keine Anwort. Aber irgendein oberster Maßstab müsse doch auch hier zur Anwendung kommen, sonst würde ja das behördliche oder richterliche Verhalten kein rechtliches, sondern ein willkürliches sein[138]). Kantorowicz[139]) stellt in Übereinstimmung damit fest, daß es sich in den Fällen, wo es an einer positiven Bestimmung fehle, nie um Aufstellung letzter Ziele durch den Beamten handeln könne.

Nach der Auffassung der sogenannten soziologischen Richtung der Freirechtsbewegung[140]) sollte sich der Richter in den Ermessensfällen an die im Volke herrschenden Werturteile halten. Da diese vor ihrer Umdeutung zu Rechtsnormen Tatsachen des sozialen Lebens wären, sei dessen Kenntnis zur Erfüllung der richterlichen Aufgaben unentbehrlich. Wären nun die Werturteile nicht zu ermitteln, so sollte der Richter durch Aufstellung von Regeln „freien Rechts" schöpferisch tätig sein. Hier-

---

137) Vergl. Lobe im Recht 1913, S. 698.
138) Vergl. Reichel, Gesetz und Richterspruch, S. 97/98.
139) Rechtswissenschaft und Soziologie.
140) Diesen Ausführungen liegt speziell die von Kantorowicz in seiner Schrift „Rechtswissenschaft und Soziologie" niedergelegte Auffassung zugrunde. Auf weitere Besprechungen mußte hier verzichtet werden.

bei dürfe es sich jedoch niemals um die „Aufstellung letzter Ziele" handeln. Diese seien vielmehr dem Richter „in den Zwecken der Rechtsordnung autoritativ und unantastbar gegeben".

Mit besonderer Beziehung auf die Amtsausübung der Verwaltungsbeamten äußert sich Graf zu Dohna[141]) in ähnlicher Weise:

Auf dem Gebiete der Verwaltung, so führt er aus, vermögen die gesetzlichen Bestimmungen über allgemeine Direktiven nicht hinauszukommen. In solchen Fällen befinde sich nun der Beamte nur so lange in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes, als er sich der Aufgaben und Zielpunkte der Rechtsordnung bewußt sei und die von ihm vorzunehmende Einzelhandlung abzurichten vermöge nach einem der Regelung des sozialen Lebens zugrunde liegenden Gesamtplane. In dieser objektiv begründeten Richtigkeit der Willenskundgebung sei der letzte Grund für die innere Berechtigung der im Namen des Gesetzes erfolgenden Maßnahme zu erblicken.

In den Fällen, wo bei Lückenhaftigkeit des Gesetzes Analogie und Gewohnheitsrecht versagen, soll nach Reichel[142]) der Rechtsfall der „Natur der Sache" nach beurteilt werden[143]). Unter diesem Gesichtspunkte würde nicht nur im bürgerlichen Recht[144]), sondern vor allem im Völkerrecht und Verwaltungsrecht häufig eine Entscheidung zu treffen sein.

Die Bedeutung der „natürlichen Rechtssätze" für die Ausfüllung der Gesetzeslücken ist bezüglich der Verwaltung eingehend von Laun in seinen zahlreichen Abhandlungen gewürdigt worden[145]). —

Ein vom Gesetzes- und Gewohnheitsrecht leer gelassener Raum darf seiner Meinung nach von dem handelnden Organe nicht nach Willkür oder Laune ausgefüllt werden. „Sein hier waltendes freies Ermessen untersteht vielmehr Rechtssätzen, die sich aus der ‚Natur der Sache' ergeben". „Natürlich" nennt Laun jene Rechtssätze, die „aus der natürlichen Begabung aller Menschen, nach den gleichen logischen Gesetzen zu denken, entstanden sind"[146]).

„Freies Ermessen räumt der Gesetzgeber der Behörde ein, wenn er nicht imstande ist, im voraus auch nur indirekt durch Vorzeichnung eines zu verfolgenden Zweckes festzulegen, welches das geeignetste, opportunste Verhalten in einer Angelegenheit

---

[141]) Rechtswidrigkeit, S. 134.
[142]) Gesetz und Richterspruch, S. 105 ff.
[143]) Vergl. Erich Jung, Problem des natürlichen Rechts.
[144]) Vergl. die Beispiele a. a. O. S. 118.
[145]) Vergl. „Freies Ermessen", S. 11.
„Zum Problem des freien Ermessens", S. 8, 23.
„Archiv für öffentliches Recht", Bd. 30, S. 369 ff.
[146]) „Zum Problem des freien Ermessens", S. 24.

ist“[147]). Er „bevollmächtigt und beauftragt sie dann, nach pflichtmäßiger Ansicht den nächsten unmittelbaren Zweck ihres Handelns zu bestimmen“[148]). — Damit stehe das Ermessen in striktem Gegensatze zur rechtlichen Gebundenheit. In diesen Fällen bestimme das Gesetz selbst die unmittelbaren Zwecke des behördlichen Handelns. Das könne übrigens auch dann der Fall sein, wenn das Gesetz das Handeln der Behörde durch vage und unbestimmte Vorschriften regele. Wenn man hier von einem Ermessen reden wolle, so müsse man aber schon die Bezeichnung „gebundenes Ermessen“ wählen.

Neben gewissen äußeren Grenzen, welche die Normen über Kompetenz, Verfahren, materiellrechtliche Voraussetzungen usw. darstellen, soll nach Ansicht von Laun aus den natürlichen Rechtssätzen etwas für die „innere Begrenzung“ freien Ermessens folgen[149]). — Natürlicher Rechtsgrundsatz sei es, daß im modernen Kulturstaate das öffentliche Organ nur das tun dürfe, was nach seiner Überzeugung dem öffentlichen Interesse am besten entspreche. Handele es vorsätzlich dieser Pflicht entgegen, so mißbrauche es sein Ermessen (Ermessensmißbrauch). Entspreche sein Handeln fahrlässigerweise diesem Zwecke nicht, so verletzte es jene Diskretion, die der Gesetzgeber von ihm erwarte (Diskretionsverletzung). Ist das Verhalten des behördlichen Organes endlich geeignet, gegen dessen Willen einen verbotenen Erfolg zu erreichen, so spricht Laun von Ermessensverirrung. Alle diese Akte sind seiner Meinung nach nichtig[150])[151]).

Es ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich, auf die Gesamtheit der in der Literatur für und wider die Launsche Lehre vorgebrachten Gründe näher einzugehen. Bemerkt sei lediglich, daß man der Launschen Unterscheidung zwischen dem Begriff des öffentlichen Interesses und allen anderen Begriffen nicht gefolgt ist. Noch weniger hat man anerkannt, daß in den von ihm genannten Fällen der Beamtenernennung, Begnadigung usw. dem Staatsorgane freie Zweckwahl eingeräumt ist. Jedenfalls schien nicht ersichtlich, aus welchem Grunde die gleiche Freiheit nicht auch bei anderen unbestimmten Begriffen gegeben ist. —

---

[147]) „Zum Problem des freien Ermessens“, S. 10.

[148]) Dieser Auffassung liegt die Vorstellung zugrunde, daß das Wesen einer Rechtsnorm sich in ihrer Zweckbestimmung erschöpft.

Näheres über die Entstehung dieser Ansicht vergl. bei Drost „richterliches Ermessen“, S. 126 ff.

[149]) „Freies Ermessen“, S. 117.

[150]) Vergl. „Zum Problem des freien Ermessens“, S. 18 ff.

[151]) Aufs Ganze gesehen vertritt der frühere bayerische Staatsrechtslehrer Nawiasky in dieser Frage eine ähnliche Anschauung. Abweichend von Laun versteht er jedoch unter „freiem Ermessen“ nicht Zweckwahl schlechthin, sondern freie Auswahl unter gesetzlich gegebenen Zwecken. Wo die Behörde die „Zwecke ihres Verhaltens“ autonom bestimmen könne, liege einfach „freies Belieben“, d. h. Willkür vor.

Vergl. s. Aufs. i. d. Allgem. Österr. Gerichtszeitung 62. Jahrg. S. 234 ff.

Die von Laun aufgestellten „inneren Schranken" des Ermessens hat Mezger[152]) als „subjektive Unrechtselemente" zusammengefaßt. Elemente der Rechtsbewertung seien diese inneren Vorgänge deshalb, weil sie von der Rechtsordnung mit bestimmten Inhalte zum Kennzeichen der Rechtsgemäßheit einer Ermessensentscheidung erhoben seien. Mezger hat aber nicht mit Sicherheit den leitenden rechtlichen Gesichtspunkt angeben können, nach dem die Behörde ihr Verhalten einzurichten hat und unter dem wiederum eine rechtliche Beurteilung der inneren Haltung des nach Ermessen handelnden Beamten vorzunehmen wäre. Er spricht von „pflichtmäßiger" Ausübung des Amtes im Sinne einer „bestimmten subjektiven Einstellung auf das Ziel des Rechtes". Der Wille des Handelnden solle „gut" im Rechtssinne sein d. h. sich richten auf sachgemäße Amtsausübung und nicht auf persönliche Vorteile oder persönliche Schädigung. —

Nach Stammler[153]) greift „richterliches Ermessen" in den Fällen Platz, wo das Gesetz „auf genau gefaßte Paragraphen verzichtet und die Parteien, die Berater, die Urteiler anweist, in dem kommenden Streitfalle selbst zu suchen und zu finden, wie in der dann gegebenen Lage richtig zu entscheiden sei"[154]). (Bewußte Lücken[155]). Charakteristische gesetzliche Ausdrücke seien für solche ausfüllungsbedürftigen Tatbestände: Treu und Glauben, Billigkeit, sittliche Pflicht, Vermeiden des Mißbrauchs, gute Sitten, wichtiger Grund u. a. mehr. Gleichgültig sei, ob jene Anweisung eigener Urteilsfindung von vornherein gegeben sei oder erst dann Platz greifen solle, wenn zufolge der in der Rechtsordnung aufgestellten Paragraphen im aufgegebenen Streitfalle ein grundsätzlich unrichtiges Ergebnis erzielt werden würde[156]). — Das Merkmal „richterlichen Ermessens" bestehe nur in dem „selbsttätigen Auswählen des grundsätzlich richtigen Obersatzes gegenüber dem zwingend geformten Rechte". „Richtig" sei ein Obersatz dann, wenn er „dem Gedanken von der steten Bewährung einer absoluten Harmonie des je denkbaren sozialen Willens" entspreche[157])[158]).

Ebenso wie Laun stellt auch Stammler das echte freie Ermessen in einen scharfen Gegensatz zu all den Fällen, wo auf Grund einer Undeutlichkeit des Gesetzeswortes eine gewisse

[152]) Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente im Gerichtssaal, Bd. 89, S. 296 ff.

[153]) Rechtsphilosophie § 143 und passim.

[154]) a. a. O. S. 13.

[155]) Vergl. zur Ergänzung § 132 des Lehrbuches.

[156]) Rechtsphilosophie S. 299 und passim.

[157]) Rechtsphilosophie S. 204.

[158]) Damit ist nun nicht etwa das „subjektive freie Ermessen" in der Rechtsidee — also im Wert-Objektiven — verankert worden. Dadurch, daß es dem „Verbindenden Wollen der Menschen" entspricht, fügt es sich der (äußeren) Beschränkung durch ein im geschichtlich gegebenen Rechte gleichmäßig wiederkehrendes Element.
Vergl. Binder, Rechtsphilosophie, S. 123.

„Freiheit" bei der Rechtsverwirklichung besteht. Denn die Tatsache, daß man über einen streitigen Fall verschiedener Ansicht sein kann, widerspreche nicht der gesetzlichen Gebundenheit an eine richtige Entscheidung.

Im Sinne Stammlers vertritt Hein[159]) den Standpunkt, daß die Ermessensfälle unter der Herrschaft der Grundsätze des „richtigen Rechtes" stehen. „Ihre Durchprüfung soll in dem Sinne erfolgen, daß ermittelt wird, ob ein bestimmtes soziales Wollen mit dem Gemeinschaftsgedanken als dem obersten Maßstabe im Einklang steht oder ihm widerspricht". —

Es ist der Stammlerschen Philosophie der Vorwurf gemacht worden, daß sie unfähig wäre, irgendeinen positiven Rechtssatz aus sich heraus zu entwickeln, der mit Sicherheit als „richtig" erwiesen werden könnte. Als Grund hierfür wird angegeben, daß der Gedanke einer Gemeinschaft — auf den es Stammler allein abstellt — nur die Form aber nicht den Inhalt des Rechtes bestimmen[160]) kann. — Diesen Mangel mochte wohl Stammler selbst empfunden haben; denn er sah sich veranlaßt, speziell vier Grundsätze herauszuarbeiten, in denen er die denkbaren Widersprüche zu dem Gemeinschaftsgedanken näher umschrieb. Aber auch die Anwendung dieser (Hilfs-) Grundsätze auf den einzelnen Tatbestand soll nach Hein ein „großes Abstraktionsvermögen" voraussetzen, deshalb sei es angebracht, „typische Tatbestände als Einzelbeispiele für die das richterliche Ermessen anrufende Norm" auszuarbeiten. In ihnen besitze der Richter „ein handliches Werkzeug zur Beurteilung des konkreten Tatbestandes". „Damit werden auch die gefühlsmäßigen Erwägungen über Billigung oder Verwerfung von rechtlichem Wollen in gleichmäßige Bahnen geleitet und damit der Willkür entzogen".

Nach Auffassung von Philipp Heck[161]) hat der Richter bei der Lückenergänzung die gesetzlichen Werturteile anzuwenden, nach denen der vorliegende Interessenkonflikt in Form anderer Tatbestände vom Gesetz entschieden ist. Aber er könne auch in die Lage kommen, den Konflikt nach seiner eigenen Wertung der Lebensinteressen zu entscheiden. Das wäre beispielsweise bei ausdrücklicher gesetzlicher Delegation (richterliches Ermessen) oder bei Gebrauch unbestimmter wertungsfordernder Worte der Fall. Hier sei der Richter rechtsschöpferisch tätig. —

*

Gegen die hier besprochenen Lehren wandten sich nun eine Reihe von Autoren. Sie bestreiten, daß ein freies Ermessen auf das Gegebensein von Gesetzeslücken zurückführbar ist.

---

[159]) Identität der Parteien I S. 289/90, Systematische Anm.
[160]) Dagegen die Ausführungen von Stammler: Rechtsphilosophie, S. 205.
[161]) Interessenjurisprudenz, S. 19 ff.

Hier wäre zunächst Scheuner[162]) zu nennen.

Seiner Ansicht nach liegt Ermessen vor, soweit aus dem Gesetz für einen Vollzugsakt kein anderer Maßstab sich ergibt als der Zweck, unter dem der Staat das Lebensgebiet geregelt hat, das die Norm behandelt. Das Ermessen sei also Auslegungsproblem. Es wäre als solches wohl zu unterscheiden von der Lücke im Gesetz. Nicht etwa, daß dort unbeabsichtigt, hier bewußt die Regelung unterlassen sei; auch die Lücke könne vorbedacht sein. Sondern für die Lücke müsse die passende Norm, der maßgebende Rechtsgedanke erst gefunden werden, aus dem — eine logisch-konstruktive Aufgabe — die allein richtige Lösung sich ergebe. Für die Ermessensentscheidungen sei die Norm (u. U. erst durch Lückenausfüllung gewonnen) gegeben, aber keine Lösung als allein richtig aus ihr ableitbar.

Ähnliche Ausführungen macht Zitelmann[163]):

In den Ermessensfällen sage das Gesetz alles, was an allgemeinen Sätzen überhaupt zu sagen sei und lasse eine Unbestimmtheit nur, „damit der Richter Spielraum habe, bei seinen Entscheidungen die Eigentümlichkeit jedes einzelnen Falles zu berücksichtigen". Bei wirklichen Lücken aber fehle es, bevor noch die individuellen Umstände gerade dieses einzelnen Falles in Betracht zu ziehen seien, sogar an den näheren abstrakten Regeln für derartige Fälle. Das Gesetz habe diese Regelung nicht ausgesprochen — es habe sie entweder vergessen oder sich nicht reif genug gefühlt, sie in guter Weise zu geben. — Hier gelte es nun für den Richter, einen abstrakten Satz erst aufzufinden. Das könne aber ebensowenig Gegenstand freier Entscheidung sein, wie die Aufstellung eines Obersatzes an Hand des Gesetzes. Daraus ergebe sich, daß das Urteil auch in solchen Fällen mit der Behauptung angegriffen werden könne, der zur Ausfüllung der Lücke angewandte Satz entspreche dem Rechte nicht[164]).

*

Das Gegebensein eines freien Ermessens bei der Ausfüllung von Gesetzeslücken wird von diesen Schriftstellern mit Recht abgelehnt.

Der innere Grund für die Anschauung, bei Vorliegen einer Gesetzeslücke ergehe das Urteil nach freiem Ermessen des zur Entscheidung berufenen Beamten, ist in der zunächst herrschenden Unklarheit über die Art der Gesetzeslücken und die Metho-

[162]) Die Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte, abgedruckt im Verwaltungsarchiv Bd. 33, S. 68 ff.

[163]) Lücken im Recht, S. 30 f.

[164]) Ebenso Hein in J.W. 1924 I, S. 2065, der freilich in solchen Fällen noch von „Ermessenssache" spricht. Die Beschwerdegerichte in Wohnsachen sähen allerdings von einer Nachprüfung der „Ermessenspunkte" aus praktischen Gründen ab.

dik ihrer Ausfüllung zu suchen. Man vermochte über die Konstatierung der Lückenhaftigkeit des Gesetzes nicht hinauszudringen. Dort, wo das argumentum e contrario und eine vorsichtig genug geübte Analogie keine sachgemäßen Ergebnisse mehr zu liefern vermochten, wo eben, ganz allgemein gesagt, die der Entscheidung zugrunde zu legende Norm nicht durch ein formallogisches Verfahren gefunden werden konnte, schien eine einschlägige rechtliche Bestimmung überhaupt nicht zu bestehen. Da der gegebene Fall aber entschieden werden mußte, wollte sich der Richter nicht einer Justizverweigerung schuldig machen[165]), lag es nahe, die notwendige Entscheidung dem „freien Ermessen" des Richters anheimzustellen. So sollte in diesen Fällen an Stelle des objektiven Sinnes der Rechtsordnung die subjektive Überzeugung der Richter treten und die Entscheidung selbst nicht einfacher Rechtsanwendung entspringen, sondern das Ergebnis einer „freien Rechtsschöpfung" sein.

Die darin zum Ausdruck kommende Eigenmacht des Richters erschien den Juristen dieser Zeit typisch für seine Stellung überhaupt. Steht er zwar formell unter dem Gesetze, ebenso wie der römische Prätor, praktisch aber beherrscht er das Gesetz, indem er bei Gegebensein einer Gesetzeslücke nach der Billigkeit greift, um mit ihr seine freie richterliche Entscheidung zu begründen.

Diese Ausfüllung von Gesetzeslücken war natürlich nicht völlig frei und ungehemmt gedacht. Ebenso wie ein Gesetzgeber, sollte der Richter dabei bestimmte Richtpunkte im Auge behalten, damit der Willensakt, der in der Entscheidung seine Gegenständlichkeit erhält, als rechtlicher Wille bezeichnet werden kann. Die im Volke herrschenden Werturteile, die Natur der Sache, der Gedanke einer Gemeinschaft, schließlich der Grundsatz der Interessenabwägung waren in dieser Beziehung nebeneinander als maßgeblich bezeichnet worden[166]).

Dagegen ist nun folgendes zu sagen:

Mit diesen Regeln ist dem Richter nicht gedient. Selbst wenn sie irgendeinen bestimmten Inhalt haben — was wir bezweifeln[167]), — so werden sie doch vor eine Aufgabe gestellt,

---

[165]) Vergl. Code civil, Art. 4.

[166]) Diese Rechtsgrundsätze erheben sich zwar alle über die individuellen Rechtsordnungen. Soll nach ihnen doch das Recht erst hervorgebracht werden. Gleichzeitig sind sie aber wieder von den einzelnen Rechtssystemen bedingt; denn sie sind ja aus ihnen im Wege der Induktion erst gewonnen worden.

Wir begegnen hier einem eigentümlichen Zirkel, der an die Arbeitsmethode der Naturwissenschaft erinnert. Sie leitet die Gesetze aus der Wirklichkeit ab, um sie dann wieder zur Erklärung der Wirklichkeit in Anwendung zu bringen.

[167]) Wir haben schon hervorgehoben, daß es sich hier lediglich um formale Kriterien handelt.

die sie nicht erfüllen können, weil sie unmittelbare Verhaltensnormen für die Menschen weder sein sollen noch sein können. Der Richter bedarf einer Entscheidungsnorm ganz anderer Art. Sie soll zwar wie jede andere Rechtsnorm solchen Gesichtspunkten zu entsprechen suchen[168]), auf der anderen Seite aber auch die konkreten empirischen Verhältnisse berücksichtigen und insofern einen empirisch-teleologischen, wenn auch vom Gesetz nicht selbst formulierten Inhalt haben.

Es ist klar, daß s o l c h e Normen nur innerhalb der empirischen Rechtsordnungen vorkommen können, und daß es dementsprechend Aufgabe des Richters ist, sie im Falle der Lückenergänzung daraus zu entnehmen. Aber nicht nur die Frage, w i e die Lücke im Gesetze zu schließen sei, ist aus dem Geiste der Rechtsordnung, aus den Zwecken, die sie in einer Gesellschaft mit ihren bestimmten geschichtlichen Verhältnissen verfolgt, zu beantworten, sondern vor allem die Frage, o b überhaupt eine Lücke gegeben ist. Nicht das bloße Fehlen einer positiven gesetzlichen Bestimmung für einen konkreten Fall ist dafür als entscheidend anzusehen, sondern die Frage, ob dieser Rechtszustand nach dem Sinne des Rechts überhaupt und nach den Zwecken seiner einzelnen Einrichtungen und Gesetze erträglich ist oder nicht.

Über die zur Feststellung und Ausfüllung der Gesetzeslücken anzuwendende Methode selbst ist nichts Besonderes zu sagen. Sie unterscheidet sich in nichts von den allgemeinen Auslegungsregeln, die der Feststellung des Inhaltes und der Tragweite einer ausdrücklich formulierten Rechtsnorm dienen. Die Entscheidung über diese Fragen muß also aus den Zwecken des Gesetzes, aus dem Geiste der Rechtsordnung, der Kultur- und Wirtschaftslage des Volkes und wiederum auch mit Rücksicht auf die Rechtsidee erfolgen. So unterscheidet sich die Gewinnung des Rechtssatzes, der eine bestehende Lücke schließt, von der Feststellung irgendeiner anderen positiven Rechtssatzes nicht prinzipiell, sondern höchstens durch die Schwierigkeit der vorzunehmenden gedanklichen Operation[169]). Das Reichsgericht hat denn auch nicht gezögert, die Gültigkeit von Rechtssätzen nachzuprüfen, die auf diesem Wege gewonnen wurden[170]).

---

[168]) Nach unserer Auffassung können nicht diese aus allen positiven Rechtsordnungen gewonnenen Normen Richtpunkte für eine Rechtserzeugung sein, sondern die von jeder Wirklichkeit losgelöste Rechtsidee.

[169]) A. A. Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Staatsrecht, S. 19. Er ist der Ansicht, daß für die „gesetzgeberisch-lückenfüllende Begriffsbildung" ein anderes Verfahren gelten müsse, weil das Ausleseprinzip nicht aus dem positiven Recht festgestellt werden könne, sondern irgendwo anders hergenommen werden müsse. — Er glaubt es in diesen Fällen aus den geltenden Kulturanschauungen, oder, falls diese schweigen oder einander widersprechen, aus der „Subjektivität des Forschers" (!) entnehmen zu müssen.

[170]) Vergl. Schwinge, Grundlehren des Revisionsrechtes, S. 70/71.

Damit ist die Annahme eines „freien Ermessens" bei der Bildung des maßgebenden Obersatzes im Falle einer Gesetzeslücke ausgeschlossen; denn nicht vom subjektiven Denken und Wollen des Richters oder Verwaltungsbeamten hängt in diesem Falle die Entscheidung ab. Sie beruht vielmehr auch hier auf dem objektiven Willen, der im Gesamtgefüge der Rechtsordnung seine Verkörperung gefunden hat. Auch im Falle einer Gesetzeslücke stellt also der Richterspruch eine Rechtsanwendung dar. Es ist im Grunde ein formaler Standpunkt, der sie als Rechtsschöpfung erscheinen läßt, als nämlich dabei der ganze Vernunftzusammenhang, in dem die einzelnen Sätze eines Rechtes oder eines besonderen Rechtsgebietes untereinander stehen und der die Grundlage für die Entscheidung in solchen Fällen zu bilden hat, übersehen wird.

bb) Freies Ermessen bei Gegebensein von „unbestimmten Begriffen".

Hatte man bisher geglaubt, die Entscheidung aller der Fälle dem freien Ermessen der zuständigen Beamten anheimstellen zu können, die keiner Bestimmung des gesetzten Rechtes und des Gewohnheitsrechtes unterfielen, so verlor diese Auffassung ihre Berechtigung, als man erkannte, daß der Richter bzw. der rechtsanwendende Beamte die konkrete Entscheidung aus dem Geiste und den Zwecken der Rechtsordnung überhaupt zu finden hatte, gleichgültig, ob der Gesetzgeber seinen Willen ausdrücklich festgestellt hatte oder nicht. Rechtlich gebunden sollte also auch die Tätigkeit des Richters oder Verwaltungsbeamten bei Gegebensein „gesetzlicher Lücken" sein[171]).

Dieser Feststellung widersprach jedoch die Entdeckung „wirklicher Lücken". —

Man glaubte beobachten zu müssen, daß die Rechtsordnung in manchen Fällen dem Richter keine bestimmte und eindeutige Anweisung für seine Entscheidung gibt. Hier sollte nun eine „wirkliche" Lücke vorliegen. Als typischer Fall einer „wirklichen" Lücke galt insbesonders folgender:

„Das Gesetz gibt einen positiven Satz, nach dem zu entscheiden ist, läßt aber innerhalb dieses Satzes ein einzelnes Moment unbestimmt; anders gesprochen: Der Wille des Gesetzes, daß eine rechtliche Behandlung gewisser Art eintrete, steht fest, aber innerhalb dieses Rahmens sind mehrere Möglichkeiten und das Gesetz sagt nicht, welche es davon will"[172]).

---

[171]) Das war jedenfalls die herrschende Ansicht.
[172]) Zitelmann, Lücken, S. 27.

Es erhoben sich indessen doch Bedenken, in solchen Fällen schlechtweg von Lücken zu sprechen[173]). — Jeder Blick auf die Gesetze zeige, daß sie in vielen Fällen die rechtliche Folge nur ganz allgemein bestimmen und ihre Ausgestaltung im einzelnen dem Richter im Hinblick auf die Besonderheiten des konkreten Falles überließen. „Unbestimmte Begriffe"[174]) wie „Verstoß gegen gute Sitten", „wichtiger Grund", „Gemeinwohl", „Wahrnehmung der öffentlichen Ruhe", „Sicherheit und Ordnung" hätten Gerichte und Verwaltungsbehörden tagtäglich anzuwenden. Und immer zeige sich in solchen Fällen bei der Rechtsverwirklichung ein Element freier Tätigkeit. Diese Elemente freier Tätigkeit resultieren aber offenbar nicht aus dem Gegebensein von Gesetzeslücken. Die Rechtsordnung sei in den genannten Fällen ebenso wirksam wie in anderen. Hier werde lediglich ihre notwendige Unzulänglichkeit besonders deutlich.

Die Frage nach dem Grunde dieser Erscheinung und ihrer Beziehung zum „freien Ermessen" wurde nun von einer Anzahl Schriftsteller folgendermaßen beantwortet:

Jeder Rechtssatz ist gegenüber der Mannigfaltigkeit der Lebensvorgänge allgemein und abstrakt. Sind doch die daraus gewonnenen rechtlichen Begriffe nicht der Ausdruck für ein einmaliges ganz und gar persönliches Urerlebnis, sondern sie passen zugleich für zahllose, mehr oder weniger ähnliche, streng genommen niemals gleiche Fälle. Diese Wesenseigenart der Rechtsnorm entspricht ihrer Aufgabe, der unbegreiflichen Fülle der Gegebenheiten ordnend und befehligend gegenüber zu treten. Sie begründet aber auf der anderen Seite die Schwierigkeit, die zahllosen Erscheinungsformen der anschaulichen Welt in den starren Bau ihrer Begriffe einzuordnen. — Nun steht unter Umständen zwar fest, daß bestimmte individuelle Tatsachen einen Anwendungsfall des Begriffes bilden, nämlich diejenigen, aus denen heraus das Gesetz erkennbar in generalisierenden Betrachtung den Begriff gebildet hat. Je abstrakter ein Rechtsbegriff aber ist, je höher sich also die logische Stufenleiter von den

[173]) Stammler und Heck rechnen diese Fälle zu den Gesetzeslücken. Vergl. dagegen die oben wiedergegebenen Ausführungen Zitelmanns und Scheuners über den Unterschied zwischen der Ausfüllung von Gesetzeslücken und der Anwendung unbestimmter Begriffe.

[174]) Der Ausdruck „unbestimmte Begriffe" im Sinne unbestimmter Rechtssatzbestandteile war vor allem im Verwaltungsrecht gebräuchlich. Man findet ihn beispielsweise bei Hofacker (a. a. O. S. 187), Bühler (a. a. O. S. 27), Plappert (Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit, S. 40). Im österreichischen Schrifttum begegnet man besonders häufig der Bezeichnung „vage Kategorien". Vergl. daraufhin Tezner (Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, S. 2) und Bernatzik (Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, S. 50 ff.). Für das Strafrecht spricht M. E. Mayer im Hinblick auf diese Fälle von „normativen Tatbestandselementen". (Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechtes (1916), S. 182.) Im bürgerlich-rechtlichen Schrifttum bezeichnet man diese Begriffe als „Generalklauseln" (Hedemann), Wertbegriffe (Oertmann), Blankettbegriffe (Stein, Manigk). — Diese Aufzählung mag genügen.

konkreten Vorgängen über das genus proximum und immer höhere genera bis schließlich zu ihm emporreckt, desto näher liegt die Möglichkeit des Irrtums und der Unsicherheit. Der Wirkungsbereich der höchsten und allgemeinsten Begriffe ist mit Mitteln der Logik überhaupt nicht mehr mit Eindeutigkeit bestimmbar. Eine Entscheidung auf Grund solcher Begriffe ist mithin mehr oder weniger Ausdruck der persönlichen Anschauung des Urteilenden. Hier kann man praktisch von einem „freien Ermessen" reden; denn eine Unrichtigkeit der Subsumtion ist im Hinblick auf die Unbestimmtheit des Begriffes nicht mit Sicherheit nachweisbar. In diesem Sinne unterscheidet sich der Ermessensfall aber nur graduell nicht prinzipiell von anderen Fällen der Rechtsverwirklichung.

Diesen Zusammenhang des Ermessens mit „unbestimmten Rechtsbegriffen" hatte zum ersten Male Bernatzik festgestellt.

Er wendet sich in seiner im Jahre 1886 erschienenen Schrift „Rechtsprechung und materielle Rechtskraft"[175]) zunächst mit Nachdruck gegen die damals allgemein vertretene Auffassung, daß das Ermessen die Tätigkeitsform der rechtsfreien Verwaltung sei. „Die Verwaltung ist durch Rechtsnormen gebunden." Infolgedessen könne sie keinen Raum für ein freies Ermessen dieser Art bieten: „‚Freiheit' des Ermessens heißt ja auch nicht subjektives Belieben, sondern: Nicht-gebunden-sein an präzise gesetzliche Normen." Erklärend führt er dazu aus: Bei der in Form des logischen Syllogismus vorzunehmenden Rechtsverwirklichung „ist durch Rechtsnormen nicht gebunden ... nur der geistige Vorgang, vermöge dessen aus der Wahrnehmung tatsächlicher Momente auf das Vorhandensein gewisser im Gesetz aufgestellter Kategorien geschlossen wird, welche die Anwendung der Rechtsnorm unmittelbar bedingen. Besieht man sich genau diese Kategorien des technischen Ermessens ... so findet man, daß dies durchweg Begriffe sind, deren Vorhandensein erst unter Anwendung einer ziemlich komplizierten Reihe von Schlußketten bejaht werden kann. Je mehr sich ein Urteil über tatsächliche Momente der allgemeinen Kontrolle entzieht, desto mehr geht es in das Gebiet des technischen Ermessens über". — Solche „unbestimmten Begriffe" finden sich nach seiner Meinung in allen Teilen der Rechtsordnung. Als Beispiele werden aus dem Zivilrecht angeführt: „Höhe des Interesses, modicum tempus, Kaution, Alimentation". „Im Strafrecht sind selbst in der Schuldfrage gar oft so vage Kriterien maßgebend, daß zu ihrer Überprüfung ein Kassationsgerichtshof für inkompetent gehalten werden müßte. Ebenso urteilt der Richter, wenn er beispielsweise darüber zu befinden hat, ob ein Unfug ein ‚grober' war ... nach freiem Ermessen wie der Verwaltungsbeamte, der ausspricht, daß ein Verein ‚staatsgefährlich' sei, daß das

[175]) Vergl. zum folgenden a. a. O. § 24, S. 36 bis 47.

‚öffentliche Interesse' in dieser oder jener Richtung tangiert sei". Gegenstand freien Ermessens sei auch die Strafbemessung. — „Ist nun die gesetzliche Kategorie so vag, daß sie geradezu nur das Erkennen des öffentlichen Interesses oder des allgemeinen Besten erheischt, so ist die Rechtsnorm, die dann zur Anwendung kommt, der allgemeine Befehl der Rechtsordnung, so zu handeln, wie es nach der Meinung der Urteilenden im öffentlichen Interesse gelegen ist. Daher zeigt sich die Verletzung dieses Gebotes erst dann, wenn sich konstatieren läßt, daß die Entscheidung in Wirklichkeit nicht die Meinung des Urteilenden traf. Diese Konstatierung wird freilich nur dann gelingen, wenn sich zugleich eine Pflichtverletzung nachweisen läßt." —

Ebenso wie Bernatzik ist auch Finger[176]) der Ansicht, daß die Erörterung des Ermessensproblems von den „unbestimmten Begriffen" auszugehen habe. Die Prüfung des Richters, ob in diesen Fällen „die Prämissen des Gesetzes gegeben sind" könne zwar nur ein richtiges Ergebnis haben; aber der „Nachweis der Richtigkeit sei nicht mit Evidenz zu führen". In diesem Sinne möge man von einem ‚Ermessen' reden. Der Unterschied von ‚gebundener' und ‚freier' Organhandlung bestehe dabei nur darin, daß dort, wo eine Bindung gegeben sei, eine in höherem Grade konkretivierte Beurteilung des Richtigkeitsgehaltes eines Handelns vorliege. Aus diesem Grunde sei ein gradueller Unterschied zwischen den Akten ‚freien Ermessens' und denen der gesetzlichen Gebundenheit feststellbar.

Ausgehend vom Rechtsstaatsgedanken kommt Scheuner[177]) bei der Untersuchung des Ermessensproblems zu einem ähnlichen Ergebnis:

Aus der Lehre Rousseaus von der Herrschaft des Gemeinwillens in Form der Gesetze, die angeblich der damaligen Staatsauffassung zugrunde liegen soll, ergebe sich die Tatsache, „daß Rechtsprechung und Verwaltung gleichermaßen nur Vollzug des Gesetzes sind". Dementsprechend dürfe der Richter oder Verwaltungsbeamte nicht aus dem Bereiche der Gesetzesauslegung heraustreten. Das Ermessen könne mithin nicht als Übertragung individueller Entscheidung durch den Gesetzgeber aufgefaßt und damit in die — außerhalb des Aufgabenbereiches der Rechtsprechung und Verwaltung liegenden — Sphäre der Rechtssetzung erhoben werden. Seiner Meinung nach enthält sich der Gesetzgeber in den Ermessensfällen nicht der Regelung zugunsten des Organes, sondern er trifft die Regelung so unzureichend, daß die Auslegung besondere Schwierigkeiten bietet. Von Ermessen könne man insbesondere dann reden, wenn sich aus dem Gesetze für einen Vollzugsakt kein anderer Maßstab ergebe als der Zweck, unter dem der Staat das Lebensgebiet geregelt

[176]) Gerichtssaal, Bd. 98, S. 448 ff.
[177]) Im Verwaltungsarchiv, Bd. 33, S. 68 ff.

habe, das die Norm behandele. Von der Herrschaft einer allgemeinen Norm in diesen Fällen will er im Gegensatz zu Bernatzik nichts wissen. — Da das Ermessen eine Auslegungsfrage sei, die Auslegung aber allgemein unter Bindung an den Gesetzesinhalt erfolge, sei eine grundsätzliche Grenze zur ‚gesetzlichen Bindung' nicht gegeben.

Ohne auf Einzelheiten einzugehen, sei allgemein festgestellt, daß Scheuners Untersuchungen wegen der sie durchziehenden Widersprüche allgemein den Eindruck erwecken, als seien sie von zwei sich einander bekämpfenden Autoren geführt. Unter Einfluß der sog. Stufentheorie hat sich der Verfasser des öfteren zu Feststellungen veranlaßt gesehen, die nicht in Einklang mit seiner Grundauffassung von der Sache stehen[178]). Dieser Umstand mag oberflächliche Leser dazu verleiten, Scheuner als einen Vertreter der Stufentheorie anzusehen. Das ist aber — wie die vorstehenden Ausführungen beweisen — nicht der Fall[179]).

Gleich den hier genannten Autoren sieht Sauer[180]) das freie Ermessen in der Schwierigkeit beschlossen, den konkreten Fall mit seinen individuellen Besonderheiten einem abstrakten Rechtssatz mit Eindeutigkeit unterzuordnen. Was ihn darüber hinaus in diesem Zusammenhange erwähnenswert macht, ist sein Appell an Wissenschaft und Praxis, dem Richter in den Ermessensfällen bei der Bildung des Obersatzes die nötige „Anleitung" zu geben.

*

Eine Vertiefung und weitere Ausgestaltung erfuhr die hier besprochene Ermessenslehre durch die Feststellung, daß das Wesen der „Unbestimmtheit" von Rechtsbegriffen vielfach in ihrer Werthaftigkeit begründet liege.

Über die Unbestimmtheit von „Wertbegriffen" wurde ganz allgemein folgendes gesagt:

---

[178]) Vergl. beispielsweise seine Ausführungen auf Seite 82, die beinahe den Eindruck hervorrufen, als seien sie von fremder Hand in den Zusammenhang eingefügt. Nachdem vorher davon gesprochen war, daß die Auslegung der Rechtsnorm Gegenstand des Ermessens sei, wird das Wesen des Ermessens hier in der fortschreitenden Konkretisierung des Staatswillens begriffen.

[179]) Die sog. Stufentheorie, die von Kelsen u. a. vorgetragen wurde, hat seinerzeit einen starken Einfluß auf die Geister ausgeübt. Fast alle zeitgenössischen Autoren haben in ihren Untersuchungen des Ermessensproblems in Nebenpunkten oder gar nur zum Zwecke der Dekoration auf sie zurückgegriffen. Auch Finger hat sich nicht ganz davon freigehalten. Vergl. seine Ausführungen a. a. O. S. 452.

Es ist absichtlich auf diese Erscheinungen nicht eingegangen worden, um die Einheitlichkeit des Bildes nicht zu stören. Ausdrücklich sei aber schon hier festgestellt, daß sich die Stufentheorie ganz grundsätzlich von den hier vorgetragenen Ansichten unterscheidet. —

[180]) Die grundsätzliche Bedeutung der höchstrichterlichen Rechtsprechung veröffentlicht in Festschrift fürs Reichsgericht, I. Bd., S. 122 ff.

Die logische Unterordnung einer realen Erscheinung unter den gesetzlichen Gattungsbegriff vollzieht sich bis zu einem bestimmten Grade in verstandesmäßig klarer und bestimmter Weise. Begriffe aber, deren Gegenstand ein Wert ist, können nicht unmittelbar durch den Intellekt erfaßt werden. Das gilt um so mehr, je höher in der Rangordnung der Werte der betreffende Wert steht. Der Verstand als solcher ist wertblind. Der Erlebnisvorgang, dem sich ein Wert unmittelbar erschließt, ist vielmehr ein Fühlen. Einen Gegenstand werten, heißt, ihn in Beziehung zum eigenen Fühlen und Wollen setzen. Diese Abhängigkeit aller Wertbegriffe von dem Fühlen und Wollen der wertenden Menschen schließt aber jede Eindeutigkeit aus. Inhalt und Umfang der Begriffe „Angemessenheit" der Strafe, „Ehewidrigkeit" des Verhaltens, „Verstoß gegen die guten Sitten", „Mißbrauch" einer Erlaubnis u. a. mehr stehen mithin nicht fest, sondern sind differenziert nach dem verschiedenen Wertbewußtsein der wertenden Menschen. Da nun der Inhalt der Wertbegriffe ihrem Wesen nach vom Gesetzgeber nicht bestimmt werden kann, sondern vom Werturteile des zur Rechtsverwirklichung Berufenen abhängt, hat man es bei den Wertbegriffen im Gegensatz zu den Seinsbegriffen immer mit unbestimmten Begriffen im Sinne der gebräuchlichen Terminologie zu tun.

Diese neuen Gedanken wurden zum ersten Male von Max Rümelin in seiner denkwürdigen Kanzlerrede über „Werturteile und Willensentscheidungen" ausgesprochen[181]).

Seiner Meinung nach ist es völlig verfehlt, die Gesetzesanwendung durch den Richter als bloße subsumierende Verstandestätigkeit zu kennzeichnen. In vielen Fällen bilde der Richter Werturteile, bei denen es weniger auf sein Gehirn, als auf sein Herz ankomme. „Was ist ein wichtiger Grund zur Kündigung?" „Was ein erheblicher Mangel der Kaufsache?" „Was verstößt gegen Treu und Glauben?" Alles das seien Fragen, auf die es eine logisch einwandfreie Antwort nicht gebe. Hier komme es vielmehr auf die ethischen Wertschätzungen des Richters an. —

Das Ausmaß rechtlicher Bindung des Richters und Verwaltungsbeamten an unbestimmte Wertbegriffe wurde nun Gegenstand eingehender wissenschaftlicher Erörterungen. Hier sollen nur einige besonders charakteristische Lehrmeinungen zur Darstellung kommen.

Eine Sonderstellung der Wertbegriffe innerhalb der Rechtsordnung hatte bereits Oertmann behauptet.

Er glaubt, in der Verwaltung und Rechtsprechung zwei Arten des Ermessens unterscheiden zu müssen[182]). In dem einen

[181]) Erschien im Jahre 1895.

[182]) Vergl. zum folgenden „Freies und unfreies Ermessen" in Deutsche Juristenzeitung 1912, S. 186 ff.

Fall „stellt das Gesetz einen Wertbegriff von objektivem Inhalte auf, und der Richter hat durch ein individuelles Werturteil festzustellen, ob die zu beurteilenden Vorkommnisse des Einzelfalles den Anforderungen des gesetzlichen Wertbegriffes genügen. Dieses Urteil kann natürlich nicht mit Hilfe rein logischer, gedanklicher Operationen gewonnen werden, es kann daher auch nicht im Sinne der Logik falsch oder richtig sein, wohl aber mehr oder weniger angemessen sein"[183]). Da ein unangemessenes Ergebnis aber sicherlich nicht im Sinne des Gesetzes liege, könnten verfehlte Werturteile im Wege der Revision aufgehoben werden. — Die hier obwaltende ‚Freiheit' des Richters nennt Oertmann ein „billiges" oder „gebundenes Ermessen".

Ganz anders aber stände es da, wo dem Richter ein freies ungehemmtes Ermessen zustehe. Das liege vor, wo er innerhalb der allgemeinen Zweckgrenze an keinerlei inhaltliche, objektive Schranken gebunden sei[184]). „Wo ihm das Gesetz diese Entscheidungsfreiheit übertragen hat, ist deren wie immer beschaffenes Ergebnis objektiv rechtmäßig, es kann also nicht wegen inhaltlicher Unzweckmäßigkeit ... aufgehoben werden"[185]). Grenze des „freien Ermessens" sei lediglich die Einhaltung des „allgemeinen Zweckes, dem die Ermessensfreiheit nachweislich dienen soll" und die Berücksichtigung des Gemeininteresses. —

Was die Anschauung Oertmanns in diesem Zusammenhange erwähnenswert macht, ist der Versuch, der besonderen Eigenart „unbestimmter Wertbegriffe" bei der Erörterung des Ermessensproblems gerecht zu werden. Leider läßt es der Autor in diesem Punkte an der nötigen Exaktheit fehlen. Seine Feststellung, daß das Urteil bei Gegebensein von Wertbegriffen zwar nicht „logisch richtig oder falsch, wohl aber mehr oder weniger angemessen sei", ist im Hinblick auf die Mehrdeutigkeit des Begriffes „Angemessenheit" völlig unverständlich. Nicht viel klarer sind seine diesbezüglichen Ausführungen in dem Vortrag über die „Staatsbürgerliche Freiheit usw.". Es scheint so, als ob der Verfasser hier dem Gedanken nähertritt, daß der Zweck des Gesetzes

[183]) Vergl. seine entsprechenden Ausführungen in der im Jahre 1908 gehaltenen Erlanger Rektoratsrede über „Gesetzeszwang und Richterfreiheit" (S. 16).

In etwas anderer Weise hat Oertmann in seinem Vortrag über „Die staatsbürgerliche Freiheit und das freie Ermessen der Behörden" Umfang und Inhalt der gesetzlichen Gebundenheit des Richters bei Anwendung von „Wertbegriffen" zu bestimmen gesucht. Er führt hier aus, der Richter müsse sich bei Abgabe der „Werturteile" auf einen „objektiven Standpunkt" stellen. Die Objektivität bei der „Auslegung" der Wertbegriffe sei gewahrt, wenn der Richter sein Urteil in diesen Punkten an „überindividuelle Beurteilungsmaßstäbe" ausrichte. Also auch da, wo diese sich nicht finden ließen, sei ja der Richter an „objektiv vorliegende Tatsachen" gebunden. Vergl. a. a. O. S. 15.

[184]) Vergl. die oben zur Darstellung gebrachte Ansicht von Scheuner.

[185]) „Staatsbürgerliche Freiheit", S. 17.

Maßstab für die Auslegung der Wertbegriffe sein müßte. Aber das ist eine bloße Vermutung.

Während Oertmann den „Wertbegriffen" nur eine Nebenbedeutung für die Ermessenslehre zuerkannte, führt Walter Jellinek[186]) das Ermessen in seinem ganzen Umfange auf das Vorhandensein unbestimmter Begriffe zurück.

Grundlegend für seine Lehrmeinung ist die Erkenntnis: „Freies Ermessen ist soviel wie Freiheit in der Begriffsbildung"[187]). Diese sei nicht in jedem Falle möglich. Nur der „unbestimmte Begriff" lasse mehrere Deutungen zu. Aber nicht die Abgrenzung eines „unbestimmten Begriffes" schlechthin macht seiner Ansicht nach den Typus des „freien Ermessens" aus; sondern in letzter Linie die Abgrenzung der Begriffe „gut" und „schlecht". Das ergebe sich daraus, daß die reine erkennende Betrachtung der äußeren und geistigen Welt nicht an der gleichen Unsicherheit leide, wie die bewertende. „Ob ein Pilz giftig, ob eine Willenserklärung logisch widerspruchsvoll ist, läßt sich leichter eindeutig feststellen, als das im gegebenen Augenblick politisch Zweckmäßige, das dienstliche Bedürfnis einer Beamtenversetzung usw."[188]).

Aber unbestimmte Begriffe und Wertbegriffe hätten zwei äußerste Grenzen und könnten im Sinne der Eindeutigkeit gemeint sein. Man müsse also zunächst versuchen, durch Auslegung nach dem Zweck der Bestimmung, nach gesellschaftlichen Anschauungen, dem örtlichen Sprachgebrauche aus unbestimmten Begriffen bestimmte zu machen. Erst wenn das nicht gelänge, wäre Gelegenheit zu einer Ermessensentscheidung gegeben.

Bei der Ausübung des Ermessens müsse sich der Beamte „frei halten von Rechtsirrtum und Ungehorsam gegenüber gesetzlichen Anordnungen, über die bei Gebrauch des Ermessens anzustellenden Erwägungen"[189]).

Eine Abhängigkeit „freien Ermessens" von „unbestimmten Rechtsbegriffen" hat in neuerer Zeit Drost[190]) aufzuweisen gesucht.

Er legt seinen Untersuchungen den Gegensatz von Erkennen und Bewerten, von Sein und Wert zugrunde und glaubt, die Rechtsbegriffe dementsprechend in sogenannte „Seinsbegriffe" und „Wertbegriffe" scheiden zu müssen.

„Seinsbegriffe" seien solche, „deren Gegenstände sinnlich wahrnehmbare Konkreta oder Gattungen solcher Konkreta sind"[191]). Das Suchen nach dem Inhalte eines solchen Begriffes

[186]) Vergl. zum folgenden: Jellinek „Verwaltungsrecht", S. 30 ff. und derselbe in „Gesetz und Zweckmäßigkeitserwägungen" passim.
[187]) Gesetz und Zweckmäßigkeitserwägungen, S. 36.
[188]) Verwaltungsrecht, S. 32.
[189]) Vergl. Verwaltungsrecht, S. 37.
[190]) Das Ermessen des Strafrichters (1930).
[191]) a. a. O. S. 17.

werde um so schwieriger, je abstrakter der Begriff sei. Ist nun sein Inhalt mit Mitteln der Logik überhaupt nicht mehr eindeutig bestimmbar, so sei er im Hinblick auf den „Zweck" des Gesetzes zu ermitteln. Damit werde aber die Rechtsprechung in verschleierter Form zur Gesetzgebung berufen; denn der „Zweck" des Gesetzes nötige nicht immer zu einer eindeutigen Entscheidung. Da aber die Frage nach dem „Zweck" eine Rechtsfrage sei, müsse die jeweilige Entscheidung der Revision unterworfen sein.

Den „Seinsbegriffen" des Rechtes ständen die von ihm verwendeten „Wertbegriffe" gegenüber. Das seien solche, „deren Gegenstand ein Wert ist"[192]). Die Wertbegriffe des Rechtes könnten dem Normenbereich der Ethik, der Religion, der Ästhetik, der Sitte entnommen sein, oder „den Richter auch unmittelbar auf den Grundgedanken allen Rechtes verweisen"[193]). Im letzteren Falle bestimme die Gerechtigkeit als letzter Rechtswert den Inhalt solcher Wertbegriffe. Wenn das Recht in seinen Wertbegriffen auf Normen der Ethik, Ästhetik und Sitte Bezug nehme, so solle der Richter seine Entscheidung im Hinblick auf die Wertungen der Gesellschaft treffen. Diese seien aber nicht ohne weiteres für die Urteilsfindung verwendbar; denn der Zweck des Gesetzes bestimme weiterhin ihre Richtung und ihren Umfang. Die Einhaltung dieser Zweckgrenze sei im Wege des Rechtsmittelzuges kontrollierbar. —

Die hier im einzelnen durchgeführte Unterscheidung von „Seinsbegriffen" und „Wertbegriffen" glaubt nun Drost durch die Behauptung rechtfertigen zu können, daß auch eine nach einer bestimmten Wertidee ausgewählte Tatsache eine Tatsache bleibe[194]). Ebensowenig wie die entsprechend erfolgte Auswahl von gesellschaftlichen Werturteilen deren ursprünglichen Charakter zu ändern vermag[195]).

Diese Beweisführung beruht offenbar auf einer Verkennung der Eigenart des Rechtes. — Die Rechtswissenschaft sucht den Normengehalt der Rechtssätze in Begriffe zu fassen, um ihn sich so gegenständlich zu machen. Diese Aufgabe hat sie indessen nur dann befriedigend gelöst, wenn es ihr gelingt, das Recht in seiner Eigenart zu begreifen. Nun ist es freilich höchst umstritten, worin diese Besonderheit des Rechts vor der Fülle individueller Tatsachen, vor anderen Formen der Gemeinschaftsregelung besteht. Unserer Auffassung nach kann der Unterschied nicht im Tatsächlichen, nicht in den Besonderheiten des Inhalts oder der

---

192) a. a. O. S. 18.
193) a. a. O. S. 23.
194) a. a. O. S. 19.
195) Drost unterscheidet zwangsläufig zwischen Umfang und Inhalt der Werturteile. Die Rechtsordnung bestimme nur ihren Grund und Umfang. Ihr Inhalt hingegen richtet sich nach den Wertungen der Gesellschaft. In welcher Weise sich nun aber „Inhalt" und „Umfang" der Werturteile sachlich unterscheiden, ist nicht ausgeführt. Vergl. a. a. O., S. 25/26.

Form liegen, sondern muß auf einem anderen Momente beruhen. Dieses Moment erblicken wir in der Beziehung der Rechtsnorm auf eine Idee. Sonach ist das Wesen einer „Norm" oder „Bestimmung" im Rechtssinn nicht in ihrer bloßen Erscheinung zu suchen, sondern in dem Umstande, daß sie in ihrem Dasein und Sosein einer Idee — dem Rechtswerte — entspricht[196]). Da nun der Begriff ein adäquates Abbild des Wesens der Dinge darstellen soll, in unserem besonderen Falle also bestimmen soll, was die Möglichkeit gerade dieses oder jenes konkreten Rechtssatzes in der Besonderheit seiner Bestandteile und Merkmale ausmacht, so kann er nicht den Rechtssatz oder einzelne seiner Bestandteile in ihrer Faktizität zum Inhalte haben, sondern muß sich notwendig auf das Wozu und Warum ihres Seins beziehen. Eine „Seinstatsache" oder ein „gesellschaftliches Werturteil", auf die das Recht in den „Tatbeständen" oder den „Rechtsfolgebestimmungen" seiner einzelnen Sätze Bezug nimmt, können also nicht als solche, sondern nur in ihrer Bezogenheit auf den Rechtswert wissenschaftlich „begriffen" werden[197]). Aus alledem folgt, daß die Rechtswissenschaft weder „Seinsbegriffe" noch „Wertbegriffe" im Sinne Drosts kennt. Gibt es überhaupt Begriffe dieser Art, so könnten sie nur der vorwissenschaftlichen (naturwissenschaftlichen, ethischen, geschichtswissenschaftlichen usw.) Begriffsbildung angehören, an die sich erst die rechtswissenschaftliche Begriffsbildung anlehnt[198]). Inhalt aller Rechtsbegriffe ist vielmehr die Feststellung der Beziehung von Wirklichkeit — mit Einschluß der durch außerrechtswissenschaftliche Begriffsbildung vorgeformten Wirklichkeit — und Wert. Nur so können sie der Rechtswissenschaft jene eigenartige Gedankenwelt des Rechtes erschließen, die — erhaben über jede Wirklichkeit im Sinne des Tatsächlichen und Erfahrbaren — als eine Welt des Geistigen, der Bedeutungen unter einer besonderen Eigengesetzlichkeit steht[199]).

Mit dem Nachweis der Unrichtigkeit einer Trennung von „Seinsbegriffen" und „Wertbegriffen" entfällt die Bedeutung aller weiteren Ausführungen, die Drost unter diesem Gesichtspunkte über das Wesen der „Unbestimmtheit" von Rechtsbegriffen und das Vorliegen „richterlichen Ermessens" anstellt. Ein weiteres Eingehen auf diese Untersuchungen erübrigt sich also. —

*

[196]) Dem entspricht es, wenn Kant feststellt, daß das Recht gar nicht erscheinen kann.

Vergl. Kant. Kritik der reinen Vernunft S. 67 (Kehrbach).

[197]) Goethe hat einmal mit Beziehung auf die geisteswissenschaftliche Begriffsbildung gesagt: „Wer sich vor der Idee scheut, hat auch zuletzt den Begriff nicht mehr". Mitgeteilt bei Radbruch, Rechtsphilosophie 1932, S. 29.

[198]) Vergl. Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 118.

[199]) Vergl. Binder, Rechtsphilosophie, S. 886.

Den hier besprochenen Theorien steht eine Anzahl von Autoren gegenüber, die es bestreiten, daß das „freie Ermessen" auf dem Gegebensein „unbestimmter Begriffe" beruht[200]).

Stammler hielt ein „freies Ermessen" dann noch nicht für gegeben, wenn „man über einen streitigen Fall verschiedener Ansicht sein konnte"[201]); denn das wäre viel zu unbestimmt. In Wahrheit gebe es „kaum einen einzigen Fall, in dem nicht eine Verschiedenheit der Meinungen möglich wäre". — Eine mittelbare Beziehung „freien Ermessens" zur Struktur der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen glaubt Stammler allerdings dort konstatieren zu müssen, wo das Vorhandensein gesetzlicher Lücken auf sog. „ausfüllungsbedürftige Tatbestände" zurückführbar ist.

Zu ähnlichen Feststellungen gelangt Heck[202]). Im Gegensatz zu Stammler spricht er aber nur in den Fällen der Lückenergänzung von einem „richterlichen Ermessen", wo das Gesetz den Richter „durch ausdrückliche Delegation" auf eigene Wertung verweist. Nun ist nicht klar ersichtlich, ob und inwieweit das auch dort zutreffen soll, wo das Gesetz „unbestimmte wertungsfordernde Worte" gebraucht.

Obwohl diese Schriftsteller den Begriff des „freien Ermessens" nicht auf „unbestimmte Begriffe" zurückführen, so beziehen sie doch die Rechtsverwirklichung bei ihrem Gegebensein mehr oder weniger in die Ermessensausübung ein. Im Gegensatz dazu glaubten andere Autoren, ein „freies Ermessen" der Behörden oder der Richter von der Vollziehung „unbestimmter Begriffe" scharf scheiden zu müssen.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß sich Laun[203]) gegen die Heranziehung sog. „unbestimmter Begriffe" bei der Lösung des Ermessensproblems ausgesprochen hat. Ein freies Ermessen im Sinne einer freien Zweckwahl ist seiner Ansicht nach unabhängig von der Klarheit der sprachlichen Ausdrucksform gegeben; denn gesetzliche Begriffe zweifelhaften Inhaltes könnten genau so wie fest bestimmte der Verwaltungsbehörde die unmittelbaren Zwecke ihres Verhaltens vorschreiben. Trotz der damit erreichten Trennung zwischen „freiem Ermessen" und Rechtsverwirklichung bei Vorliegen „unbestimmter Begriffe" (gebundenes Ermessen) hat Laun in Beziehung auf einzelne Begriffe wie namentlich den des „öffentlichen Interesses" inkonsequenter Weise die Bernatziksche Lehre akzeptiert.

---

200) Hofacker glaubte geradezu als Ergebnis der neueren Forschung „die Ausscheidung der Tätigkeit bei der Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe aus der freien Ermessenstätigkeit" feststellen zu müssen (Staatsverwaltung, S. 188).

201) Vergl. oben S. 56/57 und Rechtsphilosophie § 143.

202) Vergl. oben S. 57.

203) Vergl. oben S. 54/55.

Ottmar Bühler[204]) macht von seinem Standpunkte aus einen scharfen Unterschied zwischen der richterlichen Anwendung „unbestimmter Begriffe" und dem „freien Ermessen" der Verwaltungsbehörden. — Beim „wirklich freien Ermessen" der Verwaltung erfolge die Entscheidung nach der „individuellen Meinung der Beamten". Der „unbestimmte Begriff" bei der Rechtsanwendung sei hingegen nach dem Sinne auszulegen, „den ihm die Allgemeinheit beimißt und den zu erforschen, Pflicht des anwendenden Beamten ist". Bestimmungen mit unbestimmten Begriffen in den Verwaltungsgesetzen seien mithin noch nicht zum Gebiete des „freien Ermessens" zu rechnen.

Durch Gegenüberstellung mit dem „freien Ermessen" erkennen die hier genannten Autoren der Rechtsverwirklichung bei Vorliegen „unbestimmter Begriffe" jedenfalls einen Sondercharakter zu; denn wenn sich ihrer Meinung nach diese Fälle nicht aus dem Kreise der Fälle bloßer Gesetzesvollziehung herausheben und zwar in einer den Ermessensfällen durchaus ähnlichen Weise, wäre es gänzlich unveranlaßt gewesen, in dieser Weise dazu Stellung zu nehmen. Nun bestreitet man zwar eine irgendwie geartete Beziehung der „unbestimmten Begriffe" zum „freien Ermessen", trägt aber der Besonderheit ihrer Anwendung dadurch Rechnung, daß man in diesen Fällen von einem „gebundenen Ermessen" (beispielsweise Laun, Herrnritt), „richterlichen Ermessen" (Otto Mayer) oder ganz einfach von „der Freiheit des Richters bei Anwendung dehnbarer Begriffe" (Bühler) spricht.

Demgegenüber betrachten eine Anzahl moderner Schriftsteller die Gesetzesbestimmungen mit ‚unbestimmten Begriffen' keineswegs als eine rechtliche Sondererscheinung. Von ihrem Standpunkt aus ist die Anwendung aller Begriffe, die in den Normen der Rechtsordnung enthalten sind, eine gleichartige.

Diese Wandlung in der Auffassung „unbestimmter Begriffe" hängt insbesondere mit der ganzen Entwicklung und Befestigung der Idee der Verwaltungsgerichtsbarkeit zusammen. Ohne an dieser Stelle auf weitere Einzelheiten einzugehen, sei zum Verständnis des Folgenden lediglich hervorgehoben, daß die süddeutschen Verwaltungsgerichte und der österreichische Verwaltungsgerichtshof es lange Zeit abgelehnt hatten, das Verhalten der Behörden bei Vorliegen von Vorschriften mit „unbestimmten Begriffen" einer Nachprüfung zu unterziehen, weil sie fürchteten, damit in die Sphäre „freien Ermessens" der Verwaltungsbehörden einzudringen. Gegen diese Übung wandte sich insbesondere Tezner[205]).

Er geht bei der Behandlung des Ermessensproblems von den Erfordernissen einer gesunden Verwaltungsrechtspflege aus. Der

[204]) Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 38 f.

[205]) „Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden", vergl. zum folgenden insbesondere § 1.

Rechtsstaatsidee entsprechend sei der Verwaltungsgerichtshof zur Behebung aller wie immer gearteten Rechtsverletzungen berufen. Dem widerspräche es aber, wenn unter dem Deckmantel „vager Kategorien" ein Teil der Angelegenheiten außerhalb des Bereiches der verwaltungsgerichtlichen Prüfung gestellt würde. Aber nicht nur politischen Bedenken begegne die bisherige Lehre, sie sei auch völlig unwissenschaftlich begründet. Die Tatsache, daß Begriffe ungewiß seien, hänge mit der auf die verschiedensten Gründe zurückzuführenden Unsicherheit der Bedeutung der Worte zusammen. In einem gewissen nicht unbedeutenden Umfange wäre die Bedeutung aller Worte vag. Daraus folge aber nichts für den Willen des Gesetzgebers, in solchen Fällen die Feststellung der Verwaltungsbehörden als schlechthin maßgeblich zu erklären. Dafür ständen ihm geeignetere Ausdrucksmittel zur Verfügung. — Die eigene Auffassung Tezners von der Sache ist, daß es „kein Ermessen ohne rechtliche Schranke gibt, und daß keine rechtliche Schranke so eng gezogen ist, daß sie nicht noch einen Raum für Freiheit ließe, daß strikte und dehnbare Normen nur quantitativ nicht qualitativ verschieden sind"[206]). Daraus folge, daß der Inhalt jedes Gesetzes oder Rechtsbegriffes zugleich Schranke des Ermessens sei. Die Feststellung dieser Schranke sei aber die Aufgabe des Verwaltungsrichters.

Im wesentlichen auf demselben Standpunkte wie Tezner steht Seydel in seinem Buch „Bayrisches Staatsrecht"[207]). Diese Ansicht hat in der Theorie dann auch ständig an Boden gewonnen.

In Richtung auf eine Gleichsetzung bisher als unbestimmt bezeichneter Begriffe mit anderen Rechtsbegriffen hat weiterhin die Lehre von der Revision gewirkt. — Nach Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches, das angeblich als erstes Gesetz „unscharfe und elastische Begriffe" vollbewußt in größerer Zahl aufgenommen hatte, tauchte die Streitfrage auf, in welchem Umfange man die Anwendung jener Begriffe einer Kontrolle durch das Revisionsgericht unterwerfen dürfe. Wurde anfänglich eine „Revisibilität der unbestimmten Begriffe" für ausgeschlossen erachtet, so neigt man neuerdings der Auffassung zu, daß ein grundsätzlicher Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten Begriffen bezüglich ihrer revisionsgerichtlichen Nachprüfung nicht gemacht werden könne.

Diesen Gedanken bringt bereits Stein[208]) zum Ausdruck.

Seiner Meinung nach kann die Anwendung freien Ermessens durch den Vorderrichter — soweit sie sich in den gesetzlichen Grenzen gehalten habe — vom Revisionsgericht zwar nicht nachgeprüft werden, „aber die Nachprüfung der Subsumtion der

---

[206]) a. a. O. S. 9/10.
Vergl. auch „Zur Lehre von dem freien Ermessen", S. 14.
[207]) 2. Auflage I 590 ff., III 412 ff.
[208]) Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, II. Auflage, § 111.

festgestellten Tatsachen unter das Gesetz stände ihm frei ... Das Reichsgericht hat sonach zu untersuchen, ob die festgestellten Tatsachen einen Verzicht, einen Verstoß gegen die guten Sitten, ein ehewidriges Verhalten (B.G.B. § 1568) darstellen, ob ein Grund ein „wichtiger" ist und dergl. mehr". Dieser Nachprüfung habe es sich auch großzügig und hingebungsvoll unterzogen. — Über den Ermessensbegriff selbst hat Stein keine weiteren Untersuchungen angestellt.

In eingehender Weise hat sich Schwinge in seiner eben erschienenen Schrift „Die Grundlagen des Revisionsrechts" mit der Revisibilität „unbestimmter Begriffe" auseinandergesetzt[209]).

Der Verfasser bezeichnet die „unbestimmten Begriffe" ihrem Wesen nach als Bestandteile von Rechtssätzen, „die bloße Rahmen darstellen und durch Rechtslehre und Rechtsprechung erst ausgefüllt werden müssen". Die notwendige Ergänzung dieser Begriffe sei in erster Linie Aufgabe des Richters. Sie erfolge unter Zuhilfenahme außergesetzlicher Normen und des Gesetzeszweckes. Das Urteil füge mithin rechtsschöpferisch in den abstrakt gefaßten Rahmen der gesetzlichen Bestimmung eine Spezialnorm ein. Das wäre nun aber in geringerem Umfange bei allen Begriffen der Fall, die in den Normen der Rechtsordnung enthalten seien; denn die Bestimmung jedes Rechtsbegriffes sei eine offene Rechtsfrage. Es bestehe also kein qualitativer Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten Begriffen.

Für die Revisibilität wäre es nun ohne Bedeutung, ob der Rechtssatz als solcher formuliert und ausdrücklich als der rechtliche Obersatz angewendet sei, oder ob der ergänzte oder näher bestimmte Rechtssatz sich aus der Entscheidung als angewendet ergebe.

Den Begriff des freien Ermessens selbst setzt Schwinge mit folgendem Inhalte als geklärt und gesichert voraus: „Ermessen bedeutet Freiheit des Richters gegenüber dem Gesetz (nicht vom Gesetz!) und setzt immer irgendwie Bewegungsfreiheit, Spielraum bei der Rechtsanwendung voraus. Der ganze Bereich richterlicher Arbeit ist von solcher Ermessenstätigkeit durchzogen".

Wie sich schon aus seinen Feststellungen bezüglich der Revisibilität des Subsumtionsvorganges ergibt, kommt der Verfasser nach eingehenden weiteren Untersuchungen zu dem Ergebnis, daß die Ausübung eines „richterlichen Ermessens" diesen Inhaltes zum großen Teile durch das Revisionsgericht kontrollierbar sei.

Damit soll die Reihe derer beschlossen werden, die es ablehnen, ein „freies Ermessen" auf „unbestimmte Begriffe" zurückzuführen.

*

[209]) Vergl. insbesondere § 7 der Abhandlung.

Wenn man daran anschließend die Frage aufwirft, welchen der hier zu Wort gekommenen Autoren die Widerlegung der Lehre von den „unbestimmten Begriffen" am ehesten gelungen ist, so kann die Antwort darauf nicht zweifelhaft sein. Mit gewissem Recht können das nämlich nur diejenigen von sich behaupten, die eine Existenz „unbestimmter Begriffe" überhaupt in Abrede stellen. Während vom Standpunkte jener Lehrmeinungen aus, die lediglich eine Anwendung „unbestimmter Begriffe" vom „freien Ermessen" dem Wesen nach unterscheiden, der Gegenseite eine Daseinsmöglichkeit nicht streitig gemacht werden kann, entziehen ihr diese schlechthin den Boden, auf dem sie sich erhebt. — Das geschieht nun — im Ergebnis wenigstens — durchaus zu Recht.

Die Existenz aller der Lehrmeinungen, die das „freie Ermessen" der Behörden oder des Richters bei Vorliegen „unbestimmter Rechtsbegriffe" als gegeben erachten, ist letzten Endes auf den Mangel einer exakten Methodik der Begriffsbildung zurückzuführen[210]).

Die seit den Tagen Labands bis in die heutige Zeit hinein übliche Beschränkung bei der Gesetzesauslegung auf formallogische Konstruktion konnte freilich weder die Tragweite sprachlich ganz allgemein gehaltener Rechtssätze ermessen, noch zu einer Klärung jener Rechtssätze führen, die auf ein Werturteil Bezug nehmen. Die Unfähigkeit, in diesen Fällen den Rechtsinhalt mit Allgemeingültigkeit (objektiv) festzustellen, veranlaßte die Wissenschaft dazu, seine Bestimmung dem (subjektiven) Ermessen des rechtsanwendenden Beamten zu überlassen. Das war schon deshalb sehr naheliegend, weil damit gleichzeitig die erwünschte Einordnung des Ermessens in die Rechtsordnung vollzogen schien.

Die heute der Entfaltung des Inhaltes der Rechtsnormen zugrunde gelegten Leitgedanken — die Einmaligkeit und Besonderheit der Rechtsnormen — die Gegenständlichmachung des Rechtes in dieser seiner Individualität durch die rechtswissenschaftlichen Begriffe — die empirischen ‚Zwecke' der Rechtssätze als konstituierendes Prinzip dieser Begriffsbildung — objektiv gültige Sinndeutung der Rechtssätze unabhängig vom Willen des Gesetzgebers — befähigen uns auch zu eindeutiger Begriffsbestimmung jener Rechtssatzbestandteile, die dem allgemeinen Sprachgebrauche nach[211]) vieldeutig, dehnbar und einem stän-

[210]) Das Verständnis für diese Fragen ist besonders durch die aufklärende Schrift von Schwinge „Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht" geweckt worden. Klar und überzeugend sind weiterhin die Ausführungen Radbruchs in seinem Lehrbuch der Rechtsphilosophie § 15.

[211]) Vergl. Karl Otto Erdmann, die Bedeutung des Wortes.

digen Bedeutungswandel unterworfen sind[212]). In den zahllosen Fällen, wo das Gesetz den Richter nach „Treu und Glauben", nach der „Verkehrssitte", nach „Billigkeit" usw. entscheiden läßt, ist er in der Lage, unter Berücksichtigung der hier angedeuteten Momente einen dem Gesetze entsprechenden Obersatz bestimmten Inhaltes zu bilden, unter den er dann den ihm gegebenen Sachverhalt zu subsumieren hat. Damit besteht für die Annahme keine Veranlassung, daß in diesen Fällen mangels eines objektiven Maßstabes die „persönlichen Anschauungen" des Richters oder rechtsanwendenden Beamten die in letzter Instanz entscheidende Rechtsquelle seien.

Die so gewonnene Bestimmtheit „unscharfer und elastischer Formulierungen" ist aber nicht im Sinne einer zeitlosen Gültigkeit und Unveränderlichkeit ihres einmal festgestellten Inhaltes zu verstehen. Inhalt und Umfang aller Rechtsnormen sind veränderlich und damit ändert sich auch der Inhalt der darauf bezogenen rechtswissenschaftlichen Begriffe[213]).

Wie ist das möglich?

Eine Veränderung der allgemeinen Welt- und Staatsanschauung, das unmerkliche Gleiten der Sitten, der Fluß der Ereignisse hat nicht nur eine Umsetzung empirischer Rechtszwecke zur Folge, sondern darüber hinaus eine spürbare Rückwirkung auf die Sinndeutung des Rechtswertes überhaupt. Das bedingt wiederum eine entsprechende Verschiebung des Inhalts der Rechtssätze und ihrer Begriffe; denn jede Umwertung der Werte zieht notwendig eine Umschichtung und Umsetzung der Wirklichkeit nach sich, die auf sie bezogen ist. Auf diese Weise verlieren bisher wertbezogene Tatsachen ihre Wesentlichkeit, bisher gleichgültige treten dafür in die Wertbezogenheit ein. Wer empfindet das nicht stärker als wir Heutigen, die wir den neuen Geist auch da gestaltend finden, wo alte, übernommene Rechtsnormen bestehen geblieben sind?

Mit der Erkenntnis, daß Rechtsnormen und Rechtsbegriffe veränderlich und anpassungsfähig sind, ohne doch dabei „unbestimmt" zu sein, entfällt die Bedeutung des vielgebrauchten Argumentes, daß das Vorhandensein „unbestimmter Begriffe" notwendig sei, um die Rechtsnormen gegenüber den dauernden Veränderungen des modernen Lebens anpassungsfähig zu machen.

Ebensowenig können natürlich psychologische Argumente etwas beweisen, die für die freie Rechtsfindung bei Gegebensein

[212]) Auf eine Darstellung moderner Methodenlehre muß hier verzichtet werden, um den Überblick des Lesers über den Entwicklungsgang des Ermessensproblems nicht durch eingehende Erörterung von Nebenfragen zu gefährden. Die Kenntnis der Methodologie muß mithin vorausgesetzt werden.

[213]) Dem liegt die Auffassung zugrunde, daß nicht das „Recht", sondern die Rechtswissenschaft die Rechtsbegriffe bildet. (S. oben S. 69/70.) Ebenso Binder, Rechtsphilosophie S. 889.

sog. „Wertbegriffe" vorgebracht worden sind[214]). Wenn man behauptet, daß in diesen Fällen die Entscheidung des Richters oder eines Verwaltungsbeamten durch einen psychischen Prozeß besonderer Art zustande komme, den in Abrede zu stellen keinen Sinn habe, so ist das ein eben so schlechtes Argument wie alle psychologischen Argumente im Rahmen einer geisteswissenschaftlichen Untersuchung. Handelt es sich doch speziell hier garnicht um die Beantwortung der Frage, wie ein Urteil usw. tatsächlich zustande kommt, sondern um die Feststellung der Quelle, aus der ein rechtsanwendender Beamter seine Entscheidung zu schöpfen hat. Ob sich der Richter durch sein Gefühl bewußt oder unbewußt hat leiten lassen, ist für seine Stellung zum Recht ebenso unmaßgeblich wie die Frage, ob er sich dabei einer Bestechung zugänglich gezeigt habe[215]).

cc) Freies Ermessen in jedem Falle einer „Rechtsverwirklichung".

Angesichts der Erfolglosigkeit der Versuche, das „freie Ermessen" des Richters oder Verwaltungsbeamten aus der „Unbestimmtheit" von Rechtsbegriffen herzuleiten, sahen sich die Bearbeiter des Ermessensproblems erneut vor die Frage nach der Beziehung von Recht und „Ermessen" gestellt. Ihre Beantwortung war um so schwieriger, als eine gewisse Selbständigkeit der Rechtsverwirklichung bei Vorliegen allgemein gefaßter, elastischer gesetzlicher Formulierungen unverkennbar zu sein schien. Ein Zusammenhang zwischen diesen Begriffen und dem, was man „Ermessen" zu bezeichnen pflegte, mußte also wohl doch bestehen. Worauf beruhte er aber, wenn nicht auf der „Unbestimmtheit" jener Begriffe?

Rettung aus diesem Dilemna versprach die sog. „Stufentheorie". Sie wurde eingeleitet von der — 1880 gehaltenen — Festrede Lothar Seufferts[216]).

Die Rechtsregeln sind seiner Meinung nach nicht alle gleichartig. Ihre genauere Betrachtung zeige, daß sie für mehr oder weniger konkrete Tatbestände aufgestellt seien. Je konkreter nun der Tatbestand und daher die Rechtsfolge im objektiven Recht enthalten sei, desto einfacher gestalte sich die zur Subsumtion des Tatbestandes unter die Rechtsregel und die zur Gewinnung der Rechtsfolge erforderliche Tätigkeit des Richters. Das konkrete Gesetz erspare mithin dem Richter ein Stück Tätigkeit, die er bei dem minder konkreten Gesetz vollziehen müsse. Jenes „Plus" von Tätigkeit, welches die Anwendung der minder konkreten Rechtsnorm im Vergleich mit der Anwendung der

[214]) Vergl. oben S. 65 ff.
[215]) Somló, Grundlehre S. 421.
[216]) Über richterliches Ermessen.

konkreteren Rechtsnorm dem Richter verursache, nenne sich „richterliches Ermessen". Wenn nun dem Richter die Konkretisierung des Tatbestandes überlassen sei, so finde sich an Stelle der Norm immer ein der Masse der nicht juristischen Begriffe entnommener, nicht scharf abgegrenzter Begriff[217]). Gebrauche die Rechtsordnung solche Begriffe, so rechne sie damit, daß der Richter sie so nehme und verstehe, wie sie nach der Anschauung der Zeitgenossen, gewisser Stände und Berufsklassen an gewissen Orten verstanden und genommen werden. Die Freiheit in der Feststellung der konkreten Inhaltsbestimmungen könne zu verschiedenen Lösungen führen, von denen freilich nur eine die richtige sei. Die zweite Unterart des richterlichen Ermessens betreffe die Setzung der Rechtsfolge zu dem gegebenen Tatbestande. Solle diese Wahl nicht individuelle Willkür sein, so müsse sie sich auch hier nach irgendeinem außerhalb des Wählenden gelegenen Maßstabe richten. Dieser sei in dem „allgemeinen Rechtsempfinden" gegeben. — Die richtige Ausübung des Tatbestandsermessens sei revisionsgerichtlicher Kontrolle unterworfen. Das Ermessen bei der Ausgestaltung der Rechtsfolge sei hingegen solcher Nachprüfung nicht unterworfen.

In diesen Ausführungen ist mit Deutlichkeit jene allgemeine Kampf- und Abwehrbewegung spürbar, die Ende des 19. Jahrhunderts gegen die Herrschaft des Gesetzesabsolutismus einsetzte. Die Wandelbarkeit und Vielgestaltigkeit des Lebens gegenüber der Unbeweglichkeit und Lückenhaftigkeit der Rechtsordnung — Gegebensein wandelbarer nicht juristischer Formulierungen — unmittelbare Ausfüllung dieser Begriffe durch gesellschaftliche Anschauungen — Dynamisierung des Rechtes und Verminderung seiner „Lücken" durch Rechtsbildung dieser Art — sind Gedanken, die uns bereits bei der Besprechung anderer Lehrmeinungen begegneten. Was die Auffassung Seufferts über den Meinungsstreit seiner Zeit hinaushebt, ist der Versuch, die Differenz zwischen dem Inhalt von Rechtsnorm und Entscheidung in der oben bezeichneten Weise für die Lösung des Ermessensproblems nutzbar zu machen. Leider hält der Autor diese Richtung seiner Untersuchungen nicht ein. Nach einer kurzen, sehr äußerlichen Überleitung[218]) wendet er seine Aufmerksamkeit den unscharfen, nicht juristischen Begriffen zu. Aus deren „Unbestimmtheit" und „Faktizität"[219]) er schließlich Grund und Inhalt „richterlichen Ermessens" zu gewinnen sucht[220]).

---

[217]) Seuffert hält die rechtlich relevanten Begriffe (Sache, wegnehmen, Baum) im Gegensatz zu echten Rechtsbegriffen (Rechtsgeschäft, Miete, Hypothek usw.) für nicht juristische (faktive) Begriffe.

[218]) a. a. O. S. 5.

[219]) Nicht aus der „Abstraktheit" der betr. Rechtsnormen, wie wohl zu erwarten war.

[220]) Vergl. a. a. O. S. 6.

Zu ähnlichen Ergebnissen kommt Brigitte Heilbron in ihrer Monographie über „Freies pflichtmäßiges Ermessen des Richters".

Was die Arbeit in diesem Zusammenhange erwähnenswert macht, ist einmal der — herkömmlicher Methode entsprechende — Versuch, die Beziehung von Recht und Ermessen durch Untersuchung des hinter ihnen stehenden Bewußtseinsvorganges zu klären[221]), zum anderen die Verweisung der Rechtsprechung bei Vorliegen sog. „unbestimmter Begriffe" aus dem Kreise der Ermessensfälle[222]).

Näheres Eingehen erfordert nur der erste Punkt.

Nach Ansicht der Verfasserin bedeutet „Ermessen" zunächst nichts weiter als Urteilsfindung. Es bezeichne eine „selbständige innere Tätigkeit" und stände solchermaßen im Gegensatz zu dem bloßen „mechanischen Nachdenken eines schon gedachten Zusammenhanges, dem bloßen Mitmachen einer fremden Gedankenoperation". Daraus ergebe sich die äußere Scheidung der Rechtsnorm, die eine Anweisung zur Ermessensausübung erteile, von derjenigen Vorschrift, „die nichts mehr und nichts weniger ist als ein Formular der mit Notwendigkeit aus ihr zu entnehmenden Entscheidung". „Hier wird ein bloß mechanisches Reagieren auf den Befehl des Gesetzes gefordert, während die Ermessensnorm eine selbständige ... Entschließung ... verlangt." Die Ermessensausübung sei nun aber nicht überall die gleiche. Der Punkt, wo der Richter von der Präzision des Gesetzes verlassen würde, könne dem Punkte der Willensentscheidung näher oder ferner liegen. Es zeige sich mithin eine „Fülle von Stufen der Selbständigkeit".

Es ist bereits von Finger[223]) hervorgehoben worden, daß diese Ausführungen eine Reihe irriger Vorstellungen und peinlicher Ungenauigkeiten enthalten. —

Seiner Auffassung nach ist schon die Identifizierung des Ermessens mit dem dahinter stehenden Bewußtseinsvorgang unkorrekt. Die in Frage stehende Urteilsbildung erfolge zwar in einem psychischen Prozeß. „Ermessen" sei aber nicht Grundlage eines Urteils in diesem Sinne, sondern beziehe sich auf praktisches Verhalten. Es stelle sich als ein Urteil über den Urteilenden, nicht über das Subjekt eines Satzes dar. — Des weiteren sei die Antithese von „Nachdenken" und „selbständigem Denken", auf die die ganze Lehrmeinung sich stütze, psychologisch unrichtig. Ein „Nachdenken" im Sinne eines „mechanischen Mitmachens fremder Gedankenoperationen" gebe es über-

221) Vergl. a. a. O. § 2.
222) Vergl. a. a. O. S. 18 ff.
223) Bei der Besprechung der Monographie von Heilbron, Gerichtssaal Bd. 98, S. 448.

haupt nicht. Jedes Urteil verlange notwendig die „Einsicht in die Geschlossenheit der Folgerung".

Man muß Finger im ersten Punkte seiner Kritik voll zustimmen. Er deckt hier zweifellos eine wesentliche Schwäche der Lehrmeinung Brigitte Heilbrons auf. Worauf in diesem Zusammenhange noch näher eingegangen werden soll, ist jedoch nicht der Versuch, das „Ermessen" einem irgendwie gearteten Denkvorgange gleichzusetzen, sondern die gleichzeitig darin zum Ausdruck kommende Methode, das Recht in seinen Erscheinungsformen (Rechtsnorm und Entscheidung) aus dem tatsächlichen Ablaufe eines psychischen Prozesses begreifen und klären zu wollen. Ein solches Verfahren — konsequent durchgeführt — hätte bestenfalls zur Entdeckung gewisser Naturgesetzlichkeiten des Rechtslebens geführt. Die Erkenntnis des Rechtes selbst vermag es aber nicht zu fördern[224]). Ja, darf man denn nicht hier wie überall in der empirischen Welt nach den Gesetzen des Geschehens und Entstehens fragen? Gewiß kann man das. Aber in einer juristischen Arbeit ist die Erörterung solcher Frage sinnlos; denn sie führt nicht zum Rechte hin, sondern vom Rechte weg. Will man sich das Recht oder etwas vom Rechte verständlich machen, so muß man es in seiner Ideenbezogenheit denken, muß man sich seine Wirklichkeit als ein geistiges Gebilde vorstellen, das nicht in die Gesetze der Natur gebannt ist, sondern sich nach Grundsätzen der Vernunft in bestimmter Weise entfaltet. Dementsprechend ist der Denkvorgang, damit er zur Erkenntnis des geistigen Gehaltes der Rechtsnormen und schließlich zur Entscheidung führe, gewissen Regeln unterworfen[225]). Lediglich in dieser Beziehung interessiert er den Juristen. Nicht die psychologische Betrachtung, sondern die methodologische Erkenntnis ist von Bedeutung. Aus alledem folgt endlich, daß aus der besonderen Gestaltung des zum Urteil führenden Vorstellungskomplexes nichts für das Urteil, die Rechtsordnung folgt, sondern, daß umgekehrt die Rechtsordnung und ihre Wesensart bestimmend ist für die Art seiner Ausgestaltung.

Im zweiten Punkte seiner Kritik hat Finger den Sinn der diesbezüglichen Ausführungen der Heilbron verkannt.

Es trifft nicht zu, daß die Verfasserin die Antithese von „Nach-denken" und „selbständigem Denken" mit dem Vorhandensein oder Fehlen einer „Einsicht in die Geschlossenheit der Folgerung" begründet hat. Die diesbezüglichen Ausführungen, die Finger Anlaß zu seiner Kritik gaben, sind nur beiläufiger Art. Sie sollen offenbar den unter anderen Gesichtspunkten ge-

[224]) Vergl. die Ausführungen oben auf S. 76 f.

[225]) Es ist bereits schon oben hervorgehoben worden, daß die Methode des juristischen Denkens nicht formale Logik, sondern Zwecklogik, Teleologik ist. —

wonnenen Gegensatz näher veranschaulichen, ihn noch kontrastreicher erscheinen lassen.

Die weiteren Untersuchungen Heilbrons lassen erkennen, daß für die Scheidung der „Denkarten" das Objekt des in Frage stehenden psychischen Prozesses maßgeblich sein soll. — Die Rechtsnormen, so führt sie aus, seien dadurch gekennzeichnet, daß in ihnen der Befehl des Gesetzgebers klar zum Ausdruck komme, während bei den Ermessensnormen ein „unmittelbares Ablesen" der gesetzgeberischen Entschließung durch ihren „Mangel an Präzision" unmöglich sei und deshalb eine eigene Überlegung des gesetzlichen Sinnes Platz greifen müsse. Rechtsanwendung im eigentlichen Sinne beruhe mithin „auf einem Nachdenken des bis ins kleinste fixierten gesetzgeberischen Gedankens", während das „Ermessen im allgemeinsten Sinne" mehr oder weniger ein „eigenes Urteil über den Wert oder Unwert einer Verwirklichung" verlange. „Auch bei der Ermessensnorm handele es sich darum, dem Gesetze gemäß zu entscheiden"[226])[227]).

Im Hinblick auf diese Ausführungen stellt sich der Gegensatz von „Nach-denken" und „selbständigen Denken" dar als Gegensatz von kognitivem und emotionalem Denken, von bloßer Erkenntnis des gesetzgeberischen Willens (Sein) und der Vorstellung des Sinngehaltes der Normen (Sein-Sollen), als Gegensatz von Erkenntnis des Erkannten und Erkenntnis der Sache selbst.

Mit diesem Sinngehalte hat die Antithese zwar eine allgemeine Berechtigung. Es würde aber eine Verkennung des Wesens juristischer Interpretation bedeuten, wollte man sie der Rechtserkenntnis zugrunde legen.

Haben es die Philologen bisher für ihre Aufgabe gehalten, „aus sinnfälligen Zeichen den Gedanken zu erschließen, den ihre Urheber durch sie ausdrücken wollten"[228]), kennzeichnet sich mithin ihre Auslegungsmethode als „Nachdenken eines Vorgedachten"[229]), so richtet sich die juristische Interpretation in Sonderheit auf die Erforschung des objektivgültigen Inhaltes der Rechtssätze. Sie bleibt nicht bei der Feststellung des Gedankens stehen, den der Gesetzesverfasser in ihnen zum Ausdruck bringen wollte, kann es schon deshalb nicht, weil ge-

[226]) Freies pflichtmäßiges Ermessen, S. 6 ff.

[227]) Der angebliche Dualismus bei der Rechtsverwirklichung kommt auch in dem von B. Heilbron auf S. 16 ihrer Abhandlung zitierten Ausspruchs Steins (über die Aufgabe des Richters) zum Ausdruck: „Unter dem Gesetze stehend, dem Gesetze zu dienen als sein treuer Hüter — unfrei, wo das Gesetz den bestimmten Befehl enthält, und da, wo es ihn vermissen läßt, wie ein verständiger Diener von den Interessen und Ideen des Gesetzes beherrscht".

[228]) Siehe Boeckh, Enzyklopädie und Methodologie der philologischen Wissenschaften 1877, S. 10.

[229]) Siehe Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 110.

wöhnlich eine Vielheit von Menschen an dem Zustandekommen eines Gesetzes beteiligt sind[230]), deren Auffassungen von der Sache sich im einzelnen nicht unbedingt zu decken brauchen. Aber selbst wenn alle eines Sinnes gewesen wären, so würde eine bloß empirische Methode der Begriffsbildung nicht zum Ziele führen, weil nicht die einmal gehegte Absicht des Verfassers den spezifischen Inhalt der Rechtsnormen ausmacht, sondern ihre dauernde Bezogenheit auf den Rechtswert. Die Rechtswissenschaft hat dementsprechend nicht nach dem Willen oder der Absicht des Gesetzgebers, sondern nach der Willensrichtung und den Zwecken der auszulegenden Vorschriften und dem überbewußten Sinn zu fragen, der ihr Sein erfüllt und ihm seine Berechtigung gibt[231]). Der Wille des Gesetzgebers tritt auf diese Weise hinter den Willen des Gesetzes zurück[232]). Sinnbild dieser Auffassung ist die Legende, Solon habe sich nach Vollendung seines Gesetzgebungswerkes in die freiwillige Verbannung begeben.

Indem der Gesetzgeber denkt und ausspricht, fügt er seine Gedanken in eine Gedankenwelt ein, die unter ihrer besonderen Gesetzlichkeit steht; mit jedem Ausspruch knüpft er begriffliche Beziehungen, die er nicht entfernt zu übersehen vermag. Im Hinblick darauf ist es möglich, zu der Bestimmung eines Begriffsinhaltes zu kommen, wie er seinem Verfasser niemals vorgeschwebt hat. Der Ausleger kann mithin klüger sein als der Gesetzgeber, ja, er muß es sogar. Während die philologische Interpretation mit der Erschließung des Gedankens ihre Aufgabe gelöst hat, gleichviel ob der Gedanke selbst richtig oder unrichtig, vollständig oder lückenhaft, klar oder unklar ist und ihn weder zu widerlegen, noch zu berichtigen, noch zu klären hat, ist der Richter nicht berechtigt, die Entscheidung des ihm vorgelegten Falles mit der Begründung zu verweigern, das Gesetz lasse den Fall unberührt, sei dunkel oder unzulänglich. Er muß vielmehr über die Konstatierung der Lückenhaftigkeit und des Widerspruches im Gesetz hinausgehen; denn das praktische Leben verlangt Lückenlosigkeit und Widerspruchslosigkeit des Rechtes — verlangt eine Entscheidung.

Die juristische Auslegung ist also kein „Nachdenken fremder Gedankengänge", kein bloßes „Mitmachen einer fremden Gedankenoperation"[233]), sondern eher das „Zuendedenken eines Gedachten"[234]). Jede Entscheidung beruht deshalb auf einem selbständig wertenden Denkakte.

Zu diesem Ergebnis fühlt sich B. Heilbron nicht gedrängt. Sie hält ein schöpferisches Denken — korrekter gesprochen ein

230) Auch heute noch.
231) Vergl. die Ausführungen oben S. 75 f.
232) Vergl. Reichel, Gesetz und Richterspruch, S. 70/71.
233) Vergl. Heilbron a. a. O. S. 5 passim.
234) Diese Formulierung stammt von Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 111.

emotionales Denken — nur in den Fällen für gegeben, wo die Rechtsprechung nach Vorschriften erfolgt, die ein „unbestimmtes Tatbestandsmerkmal" enthalten. Unter dem Kennwort „gebundenes Ermessen" führt sie in dieser Beziehung folgendes aus[235]):

„Wo dem Richter ein schwer zu begrenzendes Maß eigener logischer Urteilsbildung übriggelassen ist ... handelt es sich um sogenanntes gebundenes Ermessen ... Hier kommt er auf Grund außerhalb der konkreten Gesetzesnorm liegender Schlußketten zur Entscheidung; seine ganzen außerhalb des Rechtsgebietes[236]) liegenden Überlegungen aber, sein ganzes Ermessen dient nur dem einen Zweck, den Willen des Gesetzes zu erforschen, den Sinn und die Tendenz der Rechtsnormen zu erkennen. Er wendet hier ... das mit Hilfe des Ermessens interpretierte und in seinem Sinne und Willen erforschte Gesetz an".

Unverständlicherweise sieht sich die Verfasserin im Falle der „Gesetzeslücken" nicht zu den gleichen Feststellungen veranlaßt[237]). Hier soll ein „wirklich freies Ermessen" im Sinne einer Wahlfreiheit zwischen mehreren Entscheidungsmöglichkeiten gegeben sein. Es ist nun Sache des geneigten Lesers, darüber nachzudenken, welchen Zwecken in diesem Falle „das ganze Ermessen dient".

Die Lehrmeinung Brigitte Heilbrons stellt im ganzen gesehen einen Versuch dar[238]), die Gedanken Kelsens und seiner Schule mit den Erkenntnissen der herrschenden Meinung zur Lösung des Ermessensproblems nutzbringend zu vereinen. Diesen Versuch halten wir für mißlungen. Und zwar nicht allein wegen der mangelnden Exaktheit, mit der er durchgeführt wurde, sondern letzten Endes deshalb, weil die Rechtsanschauung Kelsens im Grundsätzlichen doch recht starke Besonderheiten gegenüber den üblichen Auffassungen vom Recht und seiner Phänomene aufweist. Die Vereinigung von Gedanken so verschiedener Herkunft mußte zwangsläufig zu einem Ganzen führen, das jene innere Geschlossenheit und Widerspruchslosigkeit vermissen läßt, die für die Wahrheitsfindung so unerläßlich ist[239]). —

Was macht nun die Eigenart der Rechtsanschauung Kelsens aus, und welche Konsequenzen ergeben sich daraus für die Ermessenslehre?

---

235) a. a. O. S. 15, vergl. auch S. 17.

236) Nach Ansicht der Verfasserin ist die Urteilsbildung in solchen Fällen deshalb unjuristisch, weil sie „auf einem außerhalb der Anweisung des Gesetzgebers liegenden Fundament gegründet" ist. Auf die Bildung dieser Ansicht ist offenbar die Lehrmeinung Kelsens nicht ohne Einfluß gewesen.

237) Auf S. 16 der Abhandlung.

238) Wir lassen es dahingestellt, ob dieser Versuch bewußt oder unbewußt angestellt wurde.

239) Das wurde auch bei Scheuner deutlich. Vergl. oben S. 65.

Für Kelsen[240]) ist die Rechtsordnung nichts als ein System von Rechtsnormen, die ihre Geltung der Eigenart ihrer Entstehung verdanken. — Das Recht habe die Eigentümlichkeit, seine eigene Erzeugung zu regeln. Das geschehe auf die Weise, daß die eine Rechtsnorm das Verfahren, in dem die andere Rechtsnorm erzeugt werde und in gewissem Grade auch den Inhalt der zu erzeugenden Norm bestimme. Im Hinblick darauf ständen die Normen ganz allgemein im Verhältnis von Über- und Unterordnung; und zwar sei die die Erzeugung bestimmende die höhere, die bestimmungsgemäß erzeugte die niedere Norm. Die Rechtsordnung stelle sich somit als eine Stufenordnung verschiedener Schichten von Rechtsnormen dar. — Betrachte man nun die logische Struktur bestimmter durch den Rechtserzeugungsprozeß unmittelbar verknüpfter Rechtssatzformen, so würde man feststellen, daß die eine relativ abstrakter, die andere relativ konkreter sei. So sei bekanntlich die Verfassung abstrakt, das auf Grund der Verfassung erlassene Gesetz relativ konkret, das Gesetz wiederum abstrakt im Vergleiche mit der auf seiner Grundlage erlassenen Verordnung und so fort bis zum individuellen Urteil und Verwaltungsakt. Da nun ein relativ abstrakter Akt, der als Erzeugungsregel eines relativ konkreten Aktes diene, diesen nur bis zu einem gewissen Grade determinieren könne, bedürfe es notwendig einer zusätzlichen Tätigkeit des zuständigen Organs. Diese Mitbestimmung bei der Rechtskonkretisierung stelle das „Ermessen" des Richters oder Verwaltungsbeamten dar. Es finde sich in jedem Rechtsakte, trete aber besonders da in die Erscheinung, wo die Relation zur Rechtsordnung durch einen besonders inhaltarmen Blankettsatz gegeben sei. Mithin unterscheiden sich Gesetz, Verordnung, Urteile, behördliche Maßnahme voneinander und untereinander in bezug auf das „freie Ermessen" niemals prinzipiell, sondern nur graduell, nicht qualitativ, sondern nur quantitativ. — Was die Grenzen des „freien Ermessens" betreffe, so seien diese unverrücklich durch die Rechtsnormen gegeben, deren Inhalt aus den positiven Gesetzen mittels Interpretation zu entnehmen sei. Zweifellos könne die Tätigkeit des Staatsorganes, soweit sie Rechtsnormen nicht unterworfen sei, innerhalb der Schranken derselben anderen Normen unterstellt werden, wie Normen der Moral und der Politik. Allein die Frage, wie das von Rechtsnormen freie Ermessen geregelt werden könne, sei kein juristisches, sondern ein moralisches und politisches Problem. —

Somit sei das Ermessen nicht eine beliebig gewillkürte Einrichtung des positiven Rechtes, als die es gerne gedeutet werde, aber auch nicht eine unwillkürliche Schwäche der Gesetzestechnik, namentlich der Gesetzessprache, die, wie man mitunter meine, aus Mangel an Ausdrucksmitteln ein „Ermessen" offen

[240]) Vergl. zum folgenden insbesondere Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 62 ff. und Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 503 ff.

lassen müsse, sondern eine im Wesen der Vollziehung als der Konkretisierung einer abstrakten Norm rechtstheoretisch begründete Notwendigkeit. Vereinzelt werde die Anschauung vertreten, daß auch in Ermessensakten nur ein ganz bestimmter Akt dem Gesetze entspreche. In einer solchen Ermessenslehre laufe aber die Position des Ermessens auf seine Negation hinaus; denn wenn das Ermessen in der Weise gebunden wäre, daß alle Akte mit Ausnahme eines einzigen fehlerhaft seien, dann wäre das Ermessen in Wahrheit ein Akt rechtlicher Bindung, der sich von den anderen Fällen rechtlicher Bindung dadurch unterscheide, daß in diesen Fällen der Wille des Gesetzes logisch erkannt, in jenen Fällen jedoch wie ein Rätsel erraten werden müßte. Die Ermessenslehre stände indessen mit dem Vorhandensein von Fällen, wo auf Grund einer Norm eine Mehrzahl konkreter — juristisch gleichwertiger — Anwendungsfälle möglich seien.

Mit Kelsen stimmen in dieser Auffassung grundsätzlich überein: Merkl[241]), Kunz[242]), Weyr[243]) und Hensel[244]). In ähnlicher Weise äußert sich auch Schwinge[245]), ohne indessen dem Gedanken des Stufenbaues näher zu treten. Darüber hinaus ist die Kelsensche Rechtsauffassung ganz allgemein von großem Einfluß auf das Geistesleben unserer Zeit gewesen. Neben Anerkennung und Zustimmung hat sie auch Widerstand und Ablehnung — und zwar in reichem Maße — gefunden[246]). Zwischen den kämpfenden Parteien aber bewegt sich die große Zahl jener, die, ohne sich zur Reinen Rechtslehre zu bekennen, zum Teil ohne sie zu nennen, wesentliche Ergebnisse von ihr übernommen haben. Von den uns bekannten Bearbeitern des Ermessensproblems wären hier insbesondere zu nennen: Scheuner[247]), Finger[248]), Sauer[249]), Tezner[250]) und mit Einschränkung wohl auch Herrnritt[251]).

Es hieße gewiß, Eulen nach Athen tragen, wollte man in eine grundlegende Überprüfung des Richtigkeitsgehaltes dieser Rechtsanschauung eintreten. Es ist in geistreicher Weise so oft dagegen Stellung genommen worden, daß sich eine eigene umfassende Untersuchung in diesem Zusammenhange erübrigt. Be-

241) Allgemeines Verwaltungsrecht 1927, S. 140 ff. Die Lehre von der Rechtskraft 1923, S. 206 ff.
242) Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. 4, S. 358.
243) Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechtes, Bd. 1, S. 78 ff.
244) Vierteljahrsschrift für Steuer- und Finanzrecht, Bd. 1, S. 42/50.
245) Grundlagen des Revisionsrechtes § 7. Vergl. oben S. 74.
246) Vergl. die Bibliographie der Reinen Rechtslehre (zusammengestellt in Kelsens Werk „Reine Rechtslehre" S. 155).
247) Verwaltungsarchiv, Bd. 83, S. 68 ff. Vergl. die Ausführungen S. 65.
248) Gerichtssaal Bd. 98, S. 448 ff.
Vergl. Anm. 179.
249) In Festschrift für Reichsgericht I. Bd. S. 122 ff.
250) Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden.
251) Grundlehren des Verwaltungsrechtes, S. 291 ff.

sonderer Beantwortung bedarf lediglich die Frage, ob den Rechtsnormen gegenüber der richterlichen Entscheidung wirklich der Grad ihrer Abstraktheit wesentlich sei. Beruht doch auf dieser These im Grunde die ganze Ermessenslehre Kelsens und seiner Anhänger.

Ehe wir indessen zu dieser Frage positiv Stellung nehmen, soll in eine kurzgefaßte Erörterung grundlegender Probleme eingetreten werden; denn der eigene Standpunkt in dieser Sache soll nicht nur festgestellt werden, sondern — soweit es der Rahmen dieser Arbeit zuläßt — eine einigermaßen haltbare Begründung erfahren.

Verschaffen wir uns zunächst Klarheit über die Wesensart des Rechtes und fragen wir uns dann nach seinen Erscheinungsformen[252]).

Das Recht wird von uns allen als etwas Seiendes gewußt. Es ist also wirklich, nicht bloß gedacht. Seine Wirklichkeit kann freilich nicht mit der empirischen Wirklichkeit in ihrer Totalität übereinstimmen; denn diese erweist sich als eine für uns unübersehbare Mannigfaltigkeit. Sie kann immer nur ein Teilstück, ein Segment dieser allumfassenden Wirklichkeit sein. Es fragt sich jedoch, auf welche Erscheinungen sich dieses Segment beschränkt.

Man ist sich heute allgemein darüber klar, daß die Wirklichkeit des Rechtes in der Besonderheit einer Erscheinung besteht. Wenn man zu einer Erkenntnis des Rechtes kommen will, dann muß man also danach fragen, was einem konkret Wirklichen gerade in seiner Besonderheit eignet und seine Individualität von allem anderen besonderen Wirklichen unterscheidet[253]).

Nun dürfte aber unbestreitbar sein, daß alles Wirkliche individuell ist, da es eben nicht bloß ein Einzelnes, sondern immer auch ein Besonderes ist. Was die Rechtserscheinung gerade zur Rechtserscheinung macht, kann also nicht bloß ihre Individualität sein; denn sonst müßte ja schließlich alles, was in der Welt geschieht, rechtliche Bedeutung haben. Das ist aber — wie leicht einzusehen ist — nicht der Fall.

Den Weg, den wir zur Auffindung weiterer Rechtsmerkmale einzuschlagen haben, deutet Windelband[254]) mit der Feststellung

---

[252]) Bevor irgendwelche Erscheinungen als Rechtserscheinungen bezeichnet werden können, muß die Wesensart des Rechtes selbst festgestellt werden; denn der Rechtsbegriff ist kein zufälliger Begriff, der durch Vergleich der einzelnen Rechtserscheinungen gewonnen werden könnte, sondern ein notwendiger, d. h. leistungsfähiger und gestaltender Allgemeinbegriff, der den rechtlichen Charakter gewisser Erscheinungen von sich aus bestimmt. Über den Charakter des Rechtsbegriffs und sein Verhältnis zu den einzelnen Rechtsphänomenen vergl. Radbruch R. Ph. S. 34.

[253]) Über die Methode, die zu dieser Erkenntnis führt, vergl. Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht.

[254]) W. Windelband, Präludien II, S. 153 (1921).

an, daß das Einzelne ein Objekt müßiger Kuriosität bleibe, wenn es kein Baustein in einem allgemeinen Gefüge zu werden vermag. Was hier über das Wesen der historischen Wirklichkeit gesagt ist, gilt auch vom Recht. Ebenso wie Kunst, Geschichte, Politik, Religion usw. bezeichnet das Recht ein bestimmtes Gefüge[255]), in das eine Besonderheit eingeordnet sein muß, um rechtlich sein zu können. Damit erhebt sich die Rechtsordnung über den Vorwurf, nichts weiter als eine Sammlung „müßiger Kuriositäten" zu sein, die nach Willkür und Laune zusammengestellt ist.

Wir sind uns natürlich darüber klar, daß mit dem Hinweise auf das Gegebensein eines rechtlichen Gefüges lediglich der Weg gezeigt worden ist, der zur Bestimmung der Wesensart des Rechtes führt. Wenn wir die Wesensart selber begreifen wollen, dann müssen wir das rechtliche Gefüge bloßzulegen suchen.

Dilthey[256]) hat einmal von ihm gesagt, es werde darin „das, was geschehen sei und geschehe, dies Einmalige, Zufällige und Momentane, zurückbezogen auf einen wert- und sinnvollen Zusammenhang". Dieser Ausspruch trifft den Kern der Sache. Das rechtliche Gefüge wird erst dadurch als wahrhaft rechtlich bestimmt, daß die vielen Individualitäten, die es in sich vereinigt, zugleich einen bestimmten zeitlichen Wert verkörpern, um dessentwillen sie entweder hervorgebracht, oder, wenn sie schon entstanden sind, gepflegt werden. In gleicher Weise bezeichnen andere Sinngefüge wie Kunst, Wissenschaft, Moral, Politik usw. bestimmte Werte, die man — ebenso wie das Recht — wegen ihrer vielfältigen Beziehungen zum Gesamtgefüge der Kultur vielfach als Kulturwerte bezeichnet hat.

Wenn wir nun nach einer Begründung des Wertes der so in Zusammenhang stehenden Besonderheiten suchen, dann dürfen wir nicht bei ihrer bloßen Faktizität stehen bleiben; denn letzten Endes sind die Erscheinungen dieser Welt im Sinne grober Sinnlichkeit alle gleich wertfrei. Wir müssen darüber hinausgehen und auf andere Momente Bezug nehmen, wobei wir uns darüber klar sein müssen, daß diese Momente nur darin bestehen können, daß sich jenen Kulturwerten selbst ein Reich des Objektiven eröffnet.

Das Reich des Objektiven, das jenen Kulturwerten Geltung verschafft, ist nun das Reich der „reinen Werte". Jede menschliche Kultur empfängt in der Wirklichkeit dieses Lebens ihre Werte von jenen „reinen Werten", den „Ideen", und sie ist nur objektiv, weil und insofern sie sich auf reine wertgebende Ideen gründet, sich auf sie bezieht. Auch das Recht, das ja

---

255) Gegen die Auffassung vom Recht als einem Sinngefüge spricht sich Binder (Rechtsphilosophie S. 134) aus.

256) W. Dilthey, Studien zur Grundlegung der Geisteswissenschaften S. 1.

nur ein Teil des Kulturganzen ist, ist einem allgemeinen, objektiven Werte zugeordnet. Er macht ein rechtliches Gefüge in Wahrheit erst zu einem rechtlichen Gefüge; und die Beziehung auf diesen allgemeinen Wert ist es, die ein Besonderes in das rechtliche Gefüge objektiv einordnet, so daß es selbst als ein rechtliches Besonderes gelten kann.

Damit dürfte wohl die Feststellung genügend gesichert sein, daß der Wirklichkeitsausschnitt „Recht" innerhalb des unübersehbaren Bereiches der Wirklichkeit gerade in der Besonderheitsrichtung verläuft, als solcher wiederum ausgeschnitten ist aus der Totalität eines umfassenderen Besonderen und zwar entsprechend dem Gegebensein des oben näher bezeichneten objektiven Verhältnisses eines besonderen Wirklichen auf einen allgemeinen Wert — den Rechtswert[257]).

Die praktische Auswertung dieser allgemeinen Erkenntnis durch Beantwortung der Frage, welche empirischen Tatsachen denn nun im einzelnen in dem also bestimmten Wirklichkeitsausschnitt des Rechtes einbegriffen sind, kann keinen weiteren Schwierigkeiten mehr begegnen.

Jene Tatsachen, die dem ersten Blicke irgendwie rechtlich bedeutsam erscheinen, zerfallen in folgende Hauptgruppen:

1. Normen für menschliches Verhalten.
2. Rechtsentscheidungen.
3. Handlungen, die vom Rechte betroffen werden, sei es nun, daß sie als Akte der Staatsgewalt von den Rechtsnormen geboten und legalisiert sind, sei es, daß sie als private Rechtshandlungen, Rechtsgeschäfte usw. nur nach Rechtsnormen zu beurteilen sind.

Erhalten nun die in den beiden letzten Gruppen zusammengefaßten Tatsachen ihre rechtliche Bedeutsamkeit erst dadurch, daß sie eine Beziehung zum Rechte haben, sofern sie nämlich eine Anwendung der Rechtsnormen darstellen, oder von ihnen nur gemeint sind, betroffen werden, so wird der rechtliche Charakter der Normen ausschließlich durch ihre unmittelbare Beziehung auf den reinen Rechtswert begründet, der als Forderung dem Menschen gegenübertritt und dem gehorchend die fragliche Norm ins Dasein gesetzt wurde[258]). Also müssen die Rechtsnormen selbst unmittelbar als etwas „rechtliches" aufgefaßt werden, als Gegenstände, in denen das Recht wirklich ist, sein unmittelbares Dasein hat. Die Akte der zweiten und dritten Gruppe aber liegen außerhalb des Bereiches der Rechtswirklichkeit, weil sich auf sie die Idee des Rechtes nicht unmittelbar bezieht, ja, garnicht unmittelbar be-

[257]) Der Rechtswert setzt sich aus Gerechtigkeit und Rechtsgewißheit zusammen.

[258]) Ähnlich Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 109/110.

ziehen kann[259]). Forscht man nun weiter nach ihrem Sinn, so muß man feststellen, daß die Rechtentscheidungen ihre Rechtfertigung dadurch erhalten, daß sie der empirischen Rechtsordnung dienen, und insofern nur mittelbar dadurch, daß sie auf die Rechtsidee bezogen werden. Die rechtlich bedeutsamen Handlungen haben dagegen ihre Vernünftigkeit niemals ausschließlich durch ihre Bezogenheit auf Rechtsordnung und Rechtsidee, da sie von der letzteren nicht unmittelbar gefordert werden, der ersteren nur als positives Material der Beurteilung unterworfen sind und auch nicht ausschließlich nach Rechtsnormen, sondern ebensogut nach anderen Normenkomplexen beurteilt werden können[260]).

Es kann also keinem Zweifel mehr unterliegen, daß sich die Wirklichkeit des Rechtes auf den Bedeutungsgehalt der Gesetzesnormen und Paragraphen in dieser ihrer konkreten Besonderheit beschränkt[261]). Diesem geschichtlich gewordenen, ihr gegebenen Recht wendet sich dann auch die Rechtswissenschaft in seiner Individualität zu und sucht dieses Individuelle sich gegenständlich zu machen, in Begriffen zu erfassen.

Mit diesem Standpunkte ist im Grunde schon die Ablehnung der in diesem Zusammenhange besprochenen Theorien gegeben.

Wir stimmen mit Kelsen zwar in der Auffassung überein, daß die Rechtsordnung ein System von Rechtsnormen darstellt, glauben aber den Charakter der Rechtsnormen selbst anders bestimmen zu müssen als er. Sicherlich sind die Rechtssätze von der Wirklichkeit des sozialen Lebens, in der sie wirksam sind, scharf zu scheiden. Das zwingt uns jedoch nicht zu dem Schlusse, daß sie schlechthin aus aller Wirklichkeit herausgelöst sind und sich in einem „ideologischen Bereich"[262]) bewegen, wie beispielsweise jene homogenen Gebilde, von denen die Mathematik redet. Sie bilden vielmehr ein besonderes Stück der einen einheitlichen Wirklichkeit, einen Ausschnitt aus der Wirklichkeit, der ebenso wie das soziale Leben, die Geschichte, die Moral usw. seine besondersartige Gegenständlichkeit hat. So sind die Rechtssätze und Paragraphen konkret, wie alles Wirkliche, nicht aber abstrakt im Sinne eines Wert-Allgemeinen und Unwirklichen, einer „bloßen Ideologie", die in unüberbrückbarem Gegensatz

---

259) Darüber, daß sich die Rechtsidee nicht fordernd an den einzelnen Menschen wendet, vergl. Binder, Rechtsphilosophie, S. 415. — In Konsequenz dieser Auffassung liegt es, daß das rechtliche Urteil über das Verhalten der Menschen nicht unmittelbar aus der Rechtsidee gewonnen werden kann.

Vergl. im übrigen unsere Ausführungen auf S. 59 f. Was hier über die allgemeinen Rechtssätze gesagt ist, gilt in noch vermehrtem Maße von der Rechtsidee. —

260) Vergl. unsere Ausführungen auf S. 49 f.

261) Vergl. Binder, Philosophie des Rechts, S. 692 ff.

262) Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 38.

„zu dem unter dem Gesetze von Ursache und Wirkung stehenden seelisch-körperlichen Geschehen" steht[263])[264]).

Nun sollte man annehmen, daß Kelsen von dieser — von uns als unrichtig erkannten — Grundposition aus zu folgendem Schlusse gekommen wäre:

Der Rechtssatz ist das der Rechtswissenschaft ein für allemal Gegebene. Die Rechtswissenschaft hat ihn zu erkennen, zu entwickeln oder auszulegen und der Richter auf einen konkreten, selbst nicht dem Bereich des Rechtes, sondern der sozialen Wirklichkeit angehörenden, also rechtsfremden Tatbestand anzuwenden. So sind zwar verschiedene Gruppen von Rechtsgebieten denkbar, wie Staats-, Verwaltungs-, Völker- und Strafrecht, diese sämtlichen Gruppen liegen aber sozusagen in einer Ebene, da der Jurist in jedem Falle der Rechtsanwendung grundsätzlich vor derselben Aufgabe steht.

Hätten wir diese Auffassung Kelsens immerhin verstehen können, wobei wir uns bewußt sind, daß alles verstehen nicht alles verzeihen bedeutet, so stehen wir dem wirklich eingenommenen Standpunkte umso verständnisloser gegenüber, da uns dieser nicht einmal den Vorzug der Folgerichtigkeit zu besitzen scheint.

Offenbar unter Einfluß seines Schülers Sander[265]) und unter weiterem Einfluß Oscar Bülows[266]), Seufferts[267]) u. a. stehend,

---

[263]) Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 34.

[264]) Kelsen identifiziert die Wirklichkeit mit dem Naturwirklichen. Die Unrichtigkeit dieser Gleichsetzung ergibt sich aus unseren allgemeinen Betrachtungen. Auch die Natur als Material der Naturwissenschaft stellt nur einen Ausschnitt aus der umfassenden Wirklichkeit dar.

[265]) Fritz Sander.

Erwähnenswert sind folgende Schriften:

Kelsens Rechtslehre, Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz 1923; Die transzendentale Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens in Zeitschrift für öffentliches Recht Bd. I (1919/20) S. 468 ff.; Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung, ebenda, S. 132 ff.; Alte und neue Staatsrechtslehre ebenda Bd. II (1921), S. 170 ff.; u. a. m.

Was Sander von Kelsen unterscheidet, ist vor allem die Verlegung der Rechtsnormen aus dem Bereiche des Sollens in das des Seins. — Er faßte die gesamte Realität des Rechtes als organische Einheit auf, die unter dem Gesichtspunkte der Entfaltung des „reinen Willens" der Gemeinschaft zu immer konkreterer Realität begriffen ist.

[266]) Oskar Bülow.

Er glaubte, den Prozeß als ein Verfahren auffassen zu müssen, durch das dem objektiven Rechte überhaupt erst zu seiner Geltung verholfen wird, durch das es, das in seiner notwendigen Abstraktheit und Allgemeinheit dem wirklichen Leben viel zu fern steht, als daß die Entscheidung des einzelnen Falles aus ihm genommen werden könnte, erst dem konkreten Fall angepaßt, anwendbar und wirklich geltend gemacht werden soll. — Daraus erkläre sich, daß jedes Urteil konstitutive Funktion habe.

Die Idee des bekannten Prozeßrechtlers ist von Kelsen verallgemeinert und zur Grundlage eines geschlossenen Rechtssystemes gemacht worden, in dem insbesondere das Urteil einen bevorzugten Platz erhielt. Darüber

(Fortsetzung nächste Seite)

faßt Kelsen das Recht in seiner Gesamtheit als eine organische Einheit auf, die, in einem genetischen Prozesse begriffen, zu einer immer umfassenderen Konkretisierung drängt. So soll ein Stufenbau ermöglicht werden, der sich auf einer Grundnorm als oberstem Geltungsgrunde erhebt[268]) und schließlich in den Akten der behördlichen und richterlichen Rechtsverwirklichung, in denen der gegebene „konkrete Tatbestand mit der konkreten Rechtsfolge verknüpft wird"[269]), seinen Abschluß findet.

Stellt so ein Stufenbau im Grunde nichts weiter dar als eine fortschreitende Realisation, eine Verwirklichung des Rechtes und zwar in dem Maße, in dem es dem einzelnen konkreten Fall näher gerückt wird, so erscheint es doch höchst zweifelhaft, daß damit der Grundgedanke Kelsens, nach dem das Recht ein abstrakter Normenkomplex und als solcher eine bloße Ideologie ist, in eine vernünftige Beziehung gebracht werden kann. In einer Lage, die von aller Wirklichkeit und damit von allem Konkreten weit genug distanziert ist, dürfte sich doch wohl Gesetz, Verordnung oder Urteil von dem konkreten Fall, der selbst nicht dem Bereich des Rechtes, sondern der reinen Faktizität angehört, in gleicher Entfernung befinden. Zur Annahme eines Stufenbaues bestände somit keine Veranlassung.

Weiterhin: Drängt das Recht im Stufenbau selbst zu inhaltlicher Bestimmtheit, so ist nicht zu verstehen, warum es an anderer Stelle lediglich als die „Form einer Erscheinung" bezeichnet wird, woraus man dann schließt, daß der Jurist in die Rechtsbegriffe „keine anderen als formale Elemente aufnehmen darf"[270]).

Wir sehen indessen von der Geltendmachung weiterer Bedenken gegen die Folgerichtigkeit der Kelsenschen Rechtslehre ab und begnügen uns mit der Beantwortung der Frage, ob denn die Rechtsnormen wirklich im Verhältnis von Über- und Unterordnung zueinander stehen.

Es dürfte wohl nach all den Untersuchungen, die bisher über das Wesen und die Eigenart des Rechtes angestellt sind, kaum noch zweifelhaft sein, daß diese Lehrmeinung abzulehnen ist.

Wir haben nachzuweisen gesucht, daß das Recht der Inbegriff der Rechtsnormen ist und als solcher einen Ausschnitt, ein Segment darstellt, das innerhalb des Wirklichen in der Besonderheitsrichtung verläuft. Dementsprechend sind die einzelnen Normen konkret und individuell, sind wirkliche Erscheinungen, die sich über ihre individuelle Existenz hinaus von anderen

---

hinaus hat diese Lehre auch auf die Rechtsanschauung anderer namhafter Schriftsteller einen gewissen Einfluß ausgeübt. Zu nennen wären hier beispielsweise: Schwinge, Lehre von der Revision, § 7 und Sauer, Festschrift für das Reichsgericht I. Bd., S. 122 ff.

[267]) Vergl. oben S. 77 f.

[268]) Reine Rechtslehre, S. 67.

[269]) Reine Rechtslehre, S. 79.

[270]) Hauptprobleme, S. 92 ff.

Erscheinungen des Lebens dadurch unterscheiden, daß sie in ihrem Dasein und Sosein dem Rechtswerte zu entsprechen suchen. Diese Auffassung schließt die Annahme eines Stufenbaues der Rechtsordnung nach dem Grade der Allgemeinheit einzelner Normengruppen aus. Das Konkrete kann nicht mehr oder weniger konkret[271]) und das Individuelle nicht mehr oder weniger individuell sein[272]). Es ist zwar nicht zu leugnen, daß das Recht in seinen Bestimmungen Wirkliches in verschiedenem Umfange in sich aufnimmt; aber auch der kleinste Teil einer wirklichen Erscheinung ist nicht weniger wirklich, nicht weniger konkret, als die Wirklichkeit in ihrer Totalität, und die aus wenigen Elementen bestehende Besonderheit ist nicht weniger besonders, nicht weniger individuell, als die aus einer Fülle von Einzelheiten zusammengesetzte. Im übrigen wollen wir doch nicht vergessen, daß auch das detaillierteste Gesetz gegenüber der konkreten Fülle einer umfassenden Wirklichkeit nichts als ein dürres Gerippe ist. —

Fassen wir abschließend die von Kelsen im Rechtserzeugungsprozeß als die letzte bezeichnete Stufe — das Urteil[273]) — noch genauer ins Auge[274]).

Es ist bereits oben[275]) festgestellt worden, daß die Rechtsentscheidungen[276]) nicht im Wirklichkeitsausschnitte „Recht" mit einbegriffen sind. Dieser wird ausschließlich von den in der Rechtsordnung zusammengefaßten Rechtssätzen gebildet. Die Entscheidungen dienen lediglich dem Rechte, indem sie darauf gerichtet sind, den Rechtssätzen gegebenenfalls zur Wirksamkeit zu verhelfen[277]).

---

[271]) Ebensowenig kann es innerhalb des Abstrakten, d. h. des nur im Denken bestehenden, nicht objektiv Wirklichen Abstufungen und Grade geben. Entweder ist etwas wirklich oder nicht. Es kann aber nicht mehr oder weniger wirklich oder unwirklich sein. Übergänge sind hier nicht denkbar. Es ist deshalb an sich schon unkorrekt, von einem Konkretisierungsprozesse zu sprechen.

[272]) Im Generellen, d. h. in dem, was vielen Gegenständen gemeinsam zukommt, sind allerdings Abstufungen möglich. Ein Gesetz (Naturgesetz) kann beispielsweise mehr oder weniger allgemein sein, kann sich über viele oder wenige Individualitäten erheben. —

[273]) Auf die Frage, ob und inwieweit eine behördliche Maßnahme (Verwaltungsakt, sog. staatl. Rechtsvollzugsakt usw.) die letzte Stufe einer Rechtsverwirklichung darstellt, braucht im Hinblick auf das S. 48 ff. und S. 88 f. Ausgeführte in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen zu werden.

[274]) Vergl. zum folgenden, Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 79.

[275]) S. 88 f.

[276]) Darunter sind Urteile der ordentl. Gerichte, der Verwaltungsgerichte, Entscheidungen von Streitigkeiten durch die Verwaltungsbehörden usw. zu verstehen.

[277]) Gegen den Rechtscharakter des Urteils spricht sich ebenfalls Goldschmidt aus. Vergl. Prozeß als Rechtslage, S. 151. A. A. z. B. Schwinge, der ebenso wie Kelsen in der Entscheidung „konkrete Rechtsnormen" sieht. Vergl. Grundlehren, S. 123.

Daraus ergibt sich, daß die Entscheidung nur dadurch eine rechtliche Bedeutsamkeit erlangt, daß sie sich auf Rechtsnormen bezieht und so deren rechtlichen Gehalt in sich aufnimmt. Alle ihre einzelnen Elemente verdanken ihre besondere Existenz diesem Abhängigkeitsverhältnis. Darüber hinaus ist für gewisse Feststellungen „freirechtlicher" oder gar „außerrechtlicher" Art im Rahmen der Entscheidung kein Raum gegeben. Letztere sind insbesondere deshalb nicht möglich, weil die Rechtsprechung eben nur dem Rechte, nicht aber noch anderen Kulturwerten dient[278]).

Zwar geht die rechtliche Entscheidung von einem höchst detaillierten, in seiner natürlichen Eigenart nie wiederkehrenden Sachverhalte aus, eben dem, der ihrer Beurteilung unterworfen ist. Aber sie verweilt nur bei ihm, um in der Fülle seiner Gegebenheiten nach rechtlich bedeutsamen Momenten zu forschen, um sich dann über das Gegebensein einer bestimmten Rechtsfolge auszusprechen. Wer empfindet diese notwendige Beschränkung einer Entscheidung auf gewisse Momente nicht stärker als der dem Richterspruche Unterworfene selbst? Es ist vielleicht die tiefste Qual jener Menschen, die von der Maschine „Justiz" ergriffen werden, daß sie ohnmächtig die Verzerrung erleben müssen, welche das Bild einer Tat und das Gesamtbild eines Lebens, aus dem sie gewaltsam herausgerissen wird, schon dadurch erfährt, daß sie eben in ihrer Vereinzelung und diese

---

[278]) Ganz anders liegt der Fall bei Maßnahmen der Staatsorgane, bei privaten Handlungen, kurzum bei allen dem Rechte gegebenen Sachverhalten. Hier werden die rechtlich relevanten Elemente von der Masse der rechtlich gleichgültigen geradezu in den Hintergrund gedrängt.

Man betrachte daraufhin nur einen x-beliebigen strafrechtlich relevanten Sachverhalt.

Der Matrose Hannemann entwendet dem Kapitän Muni aus der Kabine des Vollschiffes „Maria" einen Betrag von 30 M. Dieses Ereignis stellt nur insoweit einen schweren Diebstahl i. S. des § 242/243 Ziff. 3 St.G.B. dar, als das Vollschiff „Maria" ein „Gebäude", Hannemann und Muni „Menschen", die 30 M. aus 5 Silberstücken bestehen und als solche eine „bewegliche Sache" darstellen, in den vielen Denk- und Willensakten des Hannemann eine „Absicht" und der „Vorsatz" gegeben sind usw. usw. — Rechtlich gleichgültig sind die unendlich vielen Eigenschaften, die das Vollschiff „Maria" außer der Eigenschaft eines „Gebäudes" hat, die vielen individuellen Sonderheiten, die Muni und Hannemann außer ihrer Zugehörigkeit zur Gattung „Mensch" zeigen. Rechtlich gleichgültig ist weiterhin die Tatsache, daß die 30 M. gerade von Geldstücken seltener Prägung repräsentiert werden. Rechtlich gleichgültig sind eben alle die unüberschbaren, im Rahmen des natürlich gegebenen Sachverhaltes eingeordneten Momente und Tatsachen, die nicht in der Rechtsnorm ausdrücklich als rechtlich relevant bezeichnet wurden.

Es ist deshalb wenig korrekt von dem Leben, auf das sich das Recht bezieht, als dem „Rechtsleben" oder der „lebendigen Wirklichkeit des Rechtes" zu reden. Das Recht ist nicht im Leben oder im Rechtsverkehre usw. wirklich, sondern allein in der Rechtsnorm. Nur im Hinblick auf sie hat es Sinn, private Handlungen, Sachverhalte, Ereignisse überhaupt unter rechtlichen Gesichtspunkten zu betrachten.

Vergl. oben S. 49 f. und S. 88 f.

auch nur unter ganz bestimmten rechtlich vorbezeichneten Gesichtspunkten erfaßt wird. Es gehört aber zu dem unaufgebbaren Wesen der Entscheidung, den Sachverhalt nur im Spiegel der Rechtsnormen zu schauen.

Nun wäre man geneigt, dagegen einzuwenden, daß Prozeß und Urteil nicht nur dem einzelnen Falle „sein Recht" geben und so eine bloße Rechtsanwendung darstellen, sondern darüber hinaus ganz wesentlich Rechtsgestaltung sind, als nämlich das Recht in seinem empirischen Sein durch sie einen bemerkenswerten Gestaltwandel erfährt.

Es kann nicht in Abrede gestellt werden, daß die Tätigkeit des Richters und des Verwaltungsbeamten, wo sie eine rechtliche Entscheidung treffen, rechtsgestaltend wirkt und zwar in dem Sinne, daß die Rechtsnormbetroffenheit einer bestimmten Sachlage nach der Entscheidung eine andere ist als vorher. Sie ist nämlich nicht mehr hypothetisch, unter der Bedingung des Beweises stehend, sondern kategorisch, definitiv und unbestreitbar. Neben dieser Rechtsgestaltung stellt aber jedes Urteil gleichzeitig eine Rechtsanwendung dar. Ruft das empirische Recht der Rechtsnormen den Einzelnen nicht nur zum Richteramte und weist ihn an zu prozessieren und zu urteilen; es ermöglicht auch in materieller Beziehung das Urteil. Immer nämlich entscheidet der Richter nach einer Rechtsnorm, die er nicht aufstellt, sondern nur feststellt. Auch wenn er Lücken konstatiert und nach allgemeinen Grundsätzen urteilt, verfährt er nicht anders. Denn auch in diesem Falle holt der Richter eine Rechtsnorm nicht aus dem Nichts hervor, sondern er wendet sie an, weil er sie als latent schon vorhanden ansieht. Nicht einem geheimnisvollen Adepten ist er gleich, der aus alltäglichem Materiale Gold zu machen sucht, sondern dem Bergmann, der aus dem Schoße der Erde das Gold zu Tage fördert[279]). Und so ist jedenfalls die Tätigkeit des Richters nicht eine Rechtserzeugungsquelle, sondern nur ein Faktum, in dem das Recht seinen Sinn und seine Geltung bewahrheitet, ohne daß daran etwas geändert würde, daß das Recht — wenn auch in anderer Form — schon in der Rechtsnorm besteht.

Wenn man die rechtliche Eigenart des Urteils gegenüber der Rechtsnorm schlagwortartig bezeichnen will, so könnte man mithin von einem „aliud", nicht aber von einem „plus" des Urteils an rechtlichem Gehalte reden.

[279]) Vergl. den Ausspruch Hans Reichels: „Der Richter ist nie Rechtsschöpfer im Sinne des Rechtsschaffers (creator), er schöpft vielmehr das Recht gleich jenem, der aus Brunnen und Quellen das Wasser schöpft (haustor)", in Festgabe für Rudolf Stammler, S. 332.

Verdeutlichen wir uns diese Auffassung vom Wesen des Urteils noch dadurch, daß wir zu einem Argumente Stellung nehmen, das allgemein für die rechtsschöpferische Kraft des Urteils angeführt wird. Es handelt sich kurz gesagt um die Behauptung, daß das „Leben“[280]) konkret, die Norm aber allgemein und abstrakt sei, und daß es im Hinblick darauf die Aufgabe des Richters wäre, das Recht zu konkretisieren und so dem Leben anzupassen.

Dazu ist nun zu sagen, daß die Rechtsnormen nicht abstrakt und generell, sondern im Gegenteil konkret und individuell sind. Gleichen sie doch nicht bloßen Gedankengebilden, die sich über der Welt des Tatsächlichen erheben. Sie sind vielmehr wirklich und daher konkret wie alle anderen Gegebenheiten; denn sie sind bewirkt und wirksam zugleich und so besondere Glieder in den unendlichen Wirkenszusammenhängen der erfahrbaren Welt[281]). Besondere d. h. individuelle Glieder sind sie deshalb, weil nicht dasjenige das rechtlich Bedeutsame an ihnen ist, was sie mit anderen Gebilden gemeinsam haben, das Generelle, sondern gerade das Besondere und Individuelle, dasjenige, was ihre Wesensart in der Vereinzelung ausmacht. In dieser ihrer Sonderheit wollen sie denn auch aufgenommen, verstanden und begriffen werden und dadurch wiederum Bestimmungsgrund für weiteres Denken und weiteres Handeln sein.

Da das Recht kein abstraktes Gebilde ist, so kann es zum Leben nicht im logischen Verhältnis des Abstrakten zum Konkreten stehen. Ist es weiterhin auch individuell, so kann es eben nicht dasjenige in sich begreifen, was vielen Einzelheiten des täglichen Lebens gemeinsam ist, sondern muß neben ihnen eine eigene Individualität besitzen. Damit ist nun nicht etwa behauptet, daß Recht und Leben berührungslos nebeneinander stehen. Beide unterhalten vielmehr die engsten Beziehungen. Diese sind jedoch ganz anderer Art als die oben angedeuteten. Sie bestehen kurz gesagt darin, daß das Recht der Ausgestaltung des sozialen Lebens durch die Menschen fordernd entgegentritt und zwar mit der Konsequenz, daß das Verhalten der Forderungsadressaten wiederum seiner Beurteilung unterworfen ist[282]).

Daraus folgt, daß das rechtliche Schließen ein Verfahren von ganz anderer Art ist, als das formale Urteilsverfahren der Schullogik, und daß vor allem das „Zu-Recht-Erkennen“ kein Schluß im Sinne der Formallogik sein kann. Das Urteil des Rich-

[280]) Das „Leben“ kann natürlich in diesem Zusammenhange nur insoweit von Bedeutung sein, als es im menschlichen Zusammenleben zum Ausdruck kommt oder jedenfalls dazu in unmittelbarer Beziehung steht. Man könnte es also korrekt als das sozial Wirkliche bezeichnen.

[281]) Vergl. Binder, Rechtsphilosophie, S. 690 ff.

[282]) Vergl. Binder, Rechtsphilosophie, S. 711/712.

ters ist etwas wesentlich anderes als das Urteil der Wissenschaft, die ein Besonderes unter ein Allgemeines subsumiert und durch den Allgemeinbegriff bestimmt. Das Urteil des Richters urteilt nicht bloß, sondern verurteilt; es sagt nicht aus, daß etwas ist und beansprucht nicht, daß diese Aussage allgemeingültig sei, sondern ist ein Willensakt, durch den bestimmt wird, was mit dem Täter geschehen soll[283]).

Demgegenüber wäre man nun geneigt einzuwenden, daß dem hier als wesentlich bezeichneten Teil des Urteils, der volitiven Charakter trägt, ein kognitiver notwendig vorangehen müsse. Vor dem Aussprechen der Rechtsfolge müsse doch wohl der Richter die rechtliche Bedeutsamkeit der ihm gegebenen Sachlage unter Bezugnahme auf diese oder jene gesetzliche Bestimmung zu erkennen suchen. Das soll und kann auch nicht bestritten werden. Wir müssen aber entschieden bestreiten, daß diese Erkenntnis des Richters das Wesen des Urteils ausmache[284]) und daß sie etwa durch logischen Schluß vom Allgemeinen auf das Besondere gewonnen würde. Das letztere kann deshalb nicht der Fall sein, weil der Rechtssatz nicht im Wege der Generalisierung aus bestimmten Sachverhalten gewonnen wird — wie beispielsweise das naturwissenschaftliche Gesetz — und aus diesem Grunde auch nicht zu ihnen wiederum ergänzt, nach ihnen hin spezifiziert werden kann.

Die Konsequenzen, die sich aus alledem für die Ermessenslehre ergeben, liegen auf der Hand.

Stellt die Rechtsordnung keinen Stufenbau dar, in dem das Recht eine immer konkretere und individuellere Ausgestaltung gewinnt, so kann von einem „freien Ermessen" des Gesetzgebers bzw. des Richters als Gesetzgeber bei der Erzeugung der einzelnen Rechtsstufen nicht die Rede sein.

Nun könnte man meinen, daß nach unserer Auffassung, wonach die Verfassung, die Gesetze und Verordnungen im vollen Umfange durch einen Akt freier Rechtsschöpfung bedingt sind,

---

[283]) Wenn man trotzdem gemeinhin von einer „Erkenntnis" des Richters spricht, so muß man sich darüber klar sein, daß diese Bezeichnung in der Gegenwart das Wesen der Sache nicht trifft. Anders in früheren Zeiten, wo der Richter das Recht erst finden mußte, nach dem er zu entscheiden hatte. Da hatte es wohl seinen guten Grund, dem Richter eine Erkenntnisfunktion zuzusprechen und den Urteilen, in denen diese Erkenntnis zum Ausdruck kam, formalen Wahrheitswert beizulegen. Heute aber hat der Richter das Recht nicht zu finden, sondern zu wissen. Er hat nicht ein theoretisches Urteil über die Geltung eines bestimmten Rechtssatzes auszusprechen, sondern das geltende Recht zur Wirksamkeit zu verhelfen. —

[284]) Die (theoretische) Erkenntnis des positiven Rechtes vermittelt die Rechtswissenschaft. Sie wendet sich ihm in seiner konkreten Besonderheit zu und sucht sich dieses Besondere gegenständlich zu machen, in Begriffen zu erfassen. Das Ergebnis ihrer Tätigkeit liegt dann dem Richterspruche zugrunde, der seinerseits ein (praktisches) Wollen und Handeln darstellt.

ein „freies Ermessen" bei der Rechtssetzung in noch weit größerem Ausmaße gegeben wäre, als es Kelsen und seine Schule bei der Rechtserzeugung glaubten feststellen zu müssen.

Diese Auffassung erweist sich jedoch bei genauerer Prüfung als widersinnig.

Das freie Ermessen besteht nach Ansicht aller bisher genannten Schriftsteller in der einem Staatsorgane gegebenen Möglichkeit, sein Vorgehen nach eigenem Gutdünken zu bestimmen. Diese subjektive Selbstbestimmung behördlichen Handelns interessiert den Juristen natürlich nicht schlechthin, sondern nur insoweit, als sie den objektiven Bestimmungen des Rechtes gegenübertritt, besser gesagt mit ihnen in Berührung kommt. Um dieser Beziehung Ausdruck zu geben, müßte man das freie Ermessen eigentlich als die Möglichkeit behördlicher Selbstbestimmung bei einem Freisein[285]) von positiv-rechtlicher Bindung bezeichnen. Mit diesem Inhalte kann ein freies Ermessen jedoch nur dort als gegeben erachtet werden, wo eine rechtliche Bindung dieser Art überhaupt denkbar und möglich ist. Da nun nach unserer Auffassung eine Bindung des Gesetzgebers bei der Rechtserzeugung an das positive Recht nicht besteht, ja, garnicht bestehen kann[286]), so hat es logischerweise auch keinen Sinn, von einem freien Ermessen des Gesetzgebers zu reden.

An diejenigen aber, die für theoretische Erörterungen dieser Art wenig Verständnis aufzubringen vermögen, sei die skeptische Frage gestellt, was denn die Annahme eines freien Ermessens bei der Gesetzgebung für einen praktischen Wert hat. Unterliegt doch die inhaltliche Ausgestaltung von Gesetzen und Verordnungen keiner weiteren Nachprüfung[287]).

Anders liegt der Fall bei der richterlichen Urteilsfindung. Hier ist eine Klärung des Ermessensproblems von höchster praktischer Bedeutung. — In welcher Richtung unsere Entscheidung

[285]) Das Wort „Freisein" ist hier mit gutem Vorbedacht gewählt worden. Kann man doch nur von der Bindung befreit sein, die einem hätte auferlegt werden können.

[286]) Das empirische Recht wird lediglich unter Berücksichtigung der Rechtsidee, die dem menschlichen Bewußtsein als Forderung entgegentritt, ins Dasein gesetzt. Vergl. die Bemerkung S. 88.

[287]) Man kann dagegen nicht einwenden, daß doch die ordnungsmäßige Publikation der Reichsgesetze, das Gegebensein einer reichsrechtlichen Ermächtigung bei Erlaß von Landesgesetzen, weiterhin die sog. „Rechtmäßigkeit" von Rechtsverordnungen einer richterlichen Kontrolle unterliege. — Selbstverständlich muß in bestimmtem Rahmen eine Prüfung der Frage erfolgen können, ob die in Anwendung zu bringenden Gesetze oder Verordnungen überhaupt Akte der Gesetzgebung sind. Hat man sie indessen als solche erkannt, so darf ihre „richtige" inhaltliche Ausgestaltung nicht Gegenstand weiterer Untersuchungen sein. Insbesondere sind Feststellungen darüber nicht gestattet, ob sich etwa die Rechtsschöpfung im Rahmen eines freien Ermessens gehalten habe oder ob sie unter Respektierung gewisser Bindungen zustande gekommen sei.

in dieser Frage fallen muß, kann indessen nicht mehr zweifelhaft sein.

Die Lehrmeinungen, welche auch nur in einem Punkte die streng objektive Orientierung des Richters an den Rechtsnormen zugunsten eines freien Ermessens aufgeben, scheinen uns auf einer weitgehenden Verkennung des Wesens der Rechtsnormen, der Rechtsentscheidungen und damit auf einer Verkennung des Wesens der richterlichen Rechtsanwendung zu beruhen. Weder die Unterordnung eines Sachverhaltes unter die im Wege der Interpretation ins Bewußtsein gehobene Rechtsregel (Subsumtion), noch der Ausspruch des rechtlichen Willens geben dem Richter Veranlassung, seine subjektive Willkür, die niemals ein allgemeingültiger Maßstab sein kann, walten zu lassen. Tatsache ist vielmehr, daß der Richter an die objektive Vernunft des Gesetzes gebunden ist und ihr entsprechend zu entscheiden hat; denn diese Bindung allein schafft eine gewisse Gewähr dafür, daß die autoritativen Rechtsbefehle volle Wirksamkeit erlangen und daß vor allem ein Fall ebenso wie der andere entschieden wird[288]).

Macht sich der Richter auf diese Weise den Rechtsnormen dienstbar, so tut er es ohne Rücksicht auf den Grad ihrer Gerechtigkeit. Damit wird er aber nicht etwa zu einem Werkzeuge in der Hand des Zufalles oder gar der Willkür. Angenommen, ein Rechtssatz brächte jenes Streben nach Gerechtigkeit nicht erkennbar zum Ausdruck, so bleibt seine Beziehung zum reinen Rechtswert dennoch gewahrt; denn eine seiner Forderungen erfüllt die Norm schon durch ihr Dasein, den der Rechtsgewißheit[289]). Und so bleibt der Richter immer ein Diener dieser Rechtsgewißheit und damit ein Diener am Rechtswert überhaupt. Das ist auch dann noch der Fall, wenn er nach dem Willen des Gesetzes aufgehört hat, ein Diener der Gerechtigkeit zu sein.

„Wir verachten den Pfarrer, der gegen seine Überzeugung predigt, aber wir verehren den Richter, der sich durch sein widerstrebendes Rechtsgefühl in seiner Gesetzestreue nicht beirren läßt; denn das Dogma hat nur als Ausdruck des Glaubens, das Gesetz aber nicht nur als Niederschlag der Gerechtigkeit seinen Wert, sondern auch als Bürgschaft der Rechtssicherheit[289a]), und vornehmlich als solches ist es in die Hand des Richters ge-

[288]) Es ist recht bezeichnend, daß „Justiz" von dem lateinischen „ius" abgeleitet ist. In „ius" ist aber rein sprachlich die Abhängigkeit, in die das Gebot den Unterworfenen versetzt, zum Ausdruck gebracht. Es bedeutet nämlich ursprünglich das Bindende und hängt in diesem Sinne mit jugum (das Joch) und jungere (verbinden) zusammen.

Diese Erklärung des Wortes „ius" verdanken wir Jhering: Vergl. Zweck im Recht I, S. 325.

[289]) Über die Struktur des Rechtswertes, vergl. oben Anmerkung 257.

[289a]) Gebraucht im Sinne von Rechtsgewißheit. Vergl. Anm.

geben. Ein gerechter Mann gilt mehr als ein nur rechtlicher, nur gesetzestreuer Mann, von „rechtlichen" Richtern aber pflegen wir nicht zu reden, sondern nur von „gerechten Richtern", denn ein rechtlicher Richter ist eben dadurch und nur dadurch auch schon ein gerechter Richter"[290]).

2. Allgemeine Kennzeichnung.

Als ein Ergebnis jener Betrachtungen, die wir an die Darstellung der wichtigsten Lehrmeinungen vom „freien Ermessen" geknüpft haben, halten wir fest: Das Recht ist etwas konkret Wirkliches, ist ein Phänomen. Wegen seines von uns bereits festgestellten Zusammenhanges mit und in der umfassenderen Wirklichkeit menschlicher Kultur, könnte man es speziell als ein Kulturphänomen bezeichnen. Als solches ist das Recht kein schlechthin ideales Gebilde, das von aller Erdenschwere befreit, hoch über uns im Raum schwebt, sondern es ist von empirischer Natur, hat Gegenständlichkeit und ordnet sich mit dieser Gegenständlichkeit als eine Individualität in das mannigfach verschlungene Gewebe allgemeiner Wirkungszusammenhänge des Kulturlebens ein. Bedingt und bedingend zugleich nimmt es in ihnen als einem allgemeinen Zusammenhange eine besondere seinerseits wertbezogene Wirkensstellung ein. Besonders eng ist es naturgemäß mit sozialen und politischen Phänomenen verbunden. Staat, Recht, Kirche und Wirtschaft beeinflussen und durchdringen einander in erkennbarem Maße[291]).

Allein nicht nur das „Recht" als solches steht mit der ewig wechselnden Wirklichkeit des Lebens, insbesondere des Kulturlebens, in einem Bedingungsverhältnis, auch die Wissenschaft vom Rechte ist in ihren Methoden zeit- und ortbedingt. So stehen beispielsweise ihre spezifischen Denk- und Argumentationsweisen in einem unmittelbaren, gegenseitigen Zusammenhange mit der konkreten Gestaltung des politischen Lebens[292]).

Das wird uns ganz besonders deutlich, wenn wir die allgemeinen Grundsätze herausarbeiten, die für den historischen Entwicklungsgang der Ermessenslehre richtunggebend waren. —

---

[290]) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 84.

[291]) Es mag ausdrücklich hervorgehoben werden, daß diese Betrachtungsweise nur dann Sinn hat, wenn man einzelne rechtliche Erscheinungen beschreiben und beobachten will. Sie verliert diesen Sinn sofort, wenn sie dazu übergeht, besondere, die Erscheinungen des Rechtes bedingende Naturgesetze zu ermitteln; denn damit löst sie die in Frage stehenden Phänomene aus ihrem idealen Zusammenhange heraus und senkt sie herab in die Welt des physischen und psychischen Seins; wobei ihr idealer und geistiger Gehalt sich verflüchtigt.

Methodisch unrichtig erscheint uns aus diesem Grunde das Verfahren von Georg Lenz zu sein. Vergl. derselbe, Politisches Staatsrecht, S. 1.

[292]) Vergl. Carl Schmitt, Über die drei Arten, S. 40/41.

Die traditionelle Problemstellung selbst, um die sich die einzelnen Lehrmeinungen gruppieren, ist ein Ausfluß liberalistischen Staats- und Rechtsdenkens[293]). Sie leitet ihren Sinn aus dieser Weltanschauung her, ist nur in diesem größeren Zusammenhange denkbar und möglich, knüpft in ihrer Struktur an den Begriffsapparat der Aufklärung an und verdankt endlich die übertriebene Bedeutung, die ihr jahrzehntelang von der öffentlichen Meinung beigelegt wurde, allein der eigenartigen Mentalität jener Zeit. Dementsprechend ist auch die Entwicklungslinie bestimmt und vorgezeichnet, auf der sich die Bearbeiter dieses Ermessensproblems bis in die neueste Zeit hinein bewegten.

Machen wir uns das nun im einzelnen klar.

*

Im Mittelpunkte der Weltanschauung des aufgeklärten Liberalismus[294]) stand das „Individuum" und zwar nicht als eine empirisch konkrete Individualität, sondern als personifizierter Inbegriff der Fähigkeit zum Sittlichen — als personifizierte Freiheit. Dieses „Individuum" ist jeder Eigenart entkleidet, ist ebenso wie die Gegenstände der Mathematik und Physik einfach meßbar oder wägbar und verstandesmäßig ohne weiteres zu begreifen; ein fungibles Stück der Wirklichkeit. Daß dieses Gebilde, wie es sich die Aufklärung denkt, eine Abstraktion oder vielleicht eine Idee ist und nicht Wirklichkeit, darüber war sich jene Zeit natürlich klar. Die Väter der Aufklärung glaubten aber, daß von dem wirklichen und natürlichen Menschen mit all seinen Absonderlichkeiten, Schwächen und Schrullen kein Weg zu einer allen gleichermaßen dienenden Staats- und Rechtsordnung führen würde und sahen sich daher veranlaßt, den natürlichen Einzelmenschen nur insoweit zum Träger eines Wertes zu erklären, als er zur sittlichen Persönlichkeit werden kann.

Dieser dem Einzelmenschen beigelegte Wert gilt nun als Maß aller Dinge. Von ihm hängt letzten Endes ihr Wert oder Unwert ab. Er allein ist ewig und unvergänglich. Nationen, Staaten und alle anderen Gebilde einer geschichtlichen Welt können ihm gegenüber nur als etwas Zufälliges und Gemachtes gedacht werden. Sie gehen vorüber, sind bloße Durchgangsstufen in der menschlichen Entwicklung. — So wird der Mensch schließlich zur Rechtfertigung allen Kulturlebens überhaupt und deshalb zur Grundlage aller kulturwissenschaftlichen — moralischen, geschichtlichen, sozialen, rechtlichen, logischen — Begriffe. Auf ihn als den Zielpunkt muß daher die Betrachtung

293) Vergl. die Ausführungen auf S. 17 ff.

294) Diese Lehre, aufgestellt und theoretisch verkündet schon im 18. Jahrhundert, hat ihre praktische Durchführung im wesentlichen erst um die Mitte des 19. Jh. (1848) erlebt.

aller gesellschaftlichen Gegebenheiten gerichtet sein. Auch das „Recht" kann nur in seiner Abhängigkeit von den Werten und Zwecken der Individuen gedacht und begriffen werden.

Das Recht soll dem Individuum dienen und damit eine individuelle Sittlichkeit — eine individuelle Freiheit — ermöglichen[295]). Freilich kann ihm das nur insoweit geboten sein, als es dazu imstande ist. Die Gewährung der inneren Freiheit ist ihm an sich unmöglich. Das kann also auch nicht seine Aufgabe sein. Aber die äußere, soziale Freiheit, die jener inneren, sittlichen Freiheit zur Voraussetzung dient, kann und soll von ihm garantiert werden[296]).

Die soziale Befreiung des Menschen kann nun vom Rechte nur so erreicht werden, daß es ihn von den sozialen Bindungen seiner Umwelt weitgehend zu befreien sucht; mögen das nun die vielfältigen Bindungen an die Familie, das soziale Milieu, den Staat, möge das die Tyrannei der Sitte, die Suggestionen der öffentlichen Meinung oder in seiner höchsten Übersteigerung gar der Terrorismus des Kampfes aller gegen alle sein. Nach liberalistischer Auffassung hat also das Recht stets die Aufgabe, die verschlungenen gesellschaftlichen Verknüpfungen und damit die Möglichkeit persönlicher Berührung und Kollision durch ein berührungsloses Nebeneinander freier Individuen zu ersetzen.

Wenn das Recht diese Aufgabe erfüllen will, muß es sich mit seinen Normen gegen den empirischen, konkreten Menschen wenden. Es muß seinem natürlichen „Sichausleben" Schranken setzen, den willkürlichen Gebrauch seiner Kräfte zu hindern suchen und seine Einwirkungsmöglichkeiten auf alle anderen durch ein Minimalsystem rechtlicher Beziehungen ersetzen. So wird der aus natürlicher Selbstbestimmung geborene, fürsichseiende Wille, die Willkür der einzelnen wirklichen Menschen zu Gunsten der sozialen Freiheit des abstrakten, unwirklichen, nach sittlicher Freiheit strebenden Individuums rechtlich gebunden[297]). Kant[298]) hat diesen Gedanken in der bekannten Definition Ausdruck gegeben: Recht sei „der Inbegriff der Bindungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür

---

[295]) Alles Recht ist „um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen innewohnenden Freiheit willen" vorhanden. (Savigny, System II S. 2.)

[296]) Diesen Gedanken hat Radbruch in wundervollen Worten Ausdruck verliehen:

„Die Rechtsordnung sorgt, daß der Mensch seine Augen nicht unablässig wie Wachtposten aussenden müsse, sondern sie manchmal unbesorgt zu den Sternen und den blühenden Bäumen, zu der Notwendigkeit und Schönheit des Daseins erheben könne, daß der ununterbrochene Notschrei der Selbsterhaltung wenigstens solange verstumme, um die leise Sprache des Gewissens überhaupt vernehmbar werden zu lassen, und schafft so die Voraussetzungen persönlicher Kultur, wissenschaftlicher, künstlerischer und sittlicher Bildung". (Vergl. Einführungen in die Rechtswissenschaft, S. 23/24.)

[297]) Vergl. Henkel, Strafrecht und Gesetz im neuen Staate, S. 17.

[298]) Kant, Rechtslehre, § C.

des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann".

Damit ist der problematische Gegensatz von Recht und Mensch begründet; ein Gegensatz, der sich überall zeigte, wo Menschen handelten und wirkten, wo ihre schöpferischen Kräfte gestaltend am Werke waren. Ganz besonders schroff und unerbittlich machte er sich aber da geltend, wo der Wille eines Herrschenden Unterwerfung und Gehorsam aller anderen erheischte. Machte doch die Machtfülle, die hinter ihm und dem Handeln seiner Ausführungsorgane stand, ganz außergewöhnliche Sicherungsmaßnahmen notwendig. Allein nicht nur das Handeln der Menschen als Staatsbürger und Regierungsorgane ist im Interesse der sozialen Freiheit des Individuums rechtlich gebunden, auch da, wo der Einzelne als Richter, als Diener des Rechtes selbst tätig ist, tritt ihm das Recht mit der Forderung gegenüber, sein subjektives Wollen, Denken und Fühlen hinter dem unpersönlichen und objektiven Wollen der Norm zurückzustellen. In diesem Falle schien sogar eine ganz besonders intensive Bindung des freien Betätigungsdranges der Person geboten, sollte das Recht nicht zu einem Werkzeuge in der Hand persönlicher Willkür erniedrigt werden und so seiner Ordnungs- und Sicherheitsfunktion völlig entfremden. Für den Richter galt es daher als Berufspflicht, sein widerstrebendes Rechtsgefühl den autoritativen Rechtsbefehlen schweigend zu unterwerfen, ja, seine ganze Persönlichkeit mit allem, was sie an Eigenleben in sich schloß, der Rechtsordnung zum Opfer zu bringen[299]).

So wurden die Gesetze recht eigentlich zum König im Lande[300]). Nicht das Bedürfnis konkreter Sachlagen, nicht das irrationale Wollen von Menschen sollte herrschen, sondern das abstrakte und rationale Gesetz. In dieser Stellung und mit dieser Aufgabe ist es erhaben über die Tatsächlichkeit der Einzelfälle, über die zufälligen und wunderlichen Kombinationen des wirklichen Lebens, über die wechselnde Lage und den wechselnden Willen der Menschen. Es ist abstrakt, unpersönlich, objektiv, rational und gleicht mit seinem darauf gestützten Herrschaftsanspruch ganz und gar dem Absolutismus des autokratischen Fürsten, obwohl das System der Gesetzesallmacht doch gerade ein direkter Abkömmling jener Bewegnug ist, die sich gegen den fürstlichen Absolutismus zur Wehr setzte und ihm das Grab gegraben hat.

Der Gegenspieler des Rechtes ist die natürliche Person, ist der Mensch in seiner konkreten ewig veränderlichen Individuali-

---

[299]) Der Grundsatz der sog. „Unabhängigkeit" befreit zwar den Richter von jeder menschlichen Einflußnahme und unterwirft ihn nur dem Gesetze. Damit wird aber im Grunde wieder seine Abhängigkeit begründet; denn dem Gesetze ist er schlechtweg und ohne Vorbehalt untertan.

[300]) Vergl. Carl Schmitt, Die drei Arten, S. 13 ff.

tät[301]). Ist er doch in dieser seiner Sonderheit, mit all seinen Launen, Grillen und Eigentümlichkeiten, mit seinen oftmals unvernünftigen und unsittlichen Neigungen und Regungen geradezu der Feind und Verneiner einer allen gleichermaßen dienenden Rechts- und Staatsordnung[302]).

Dieser wirkliche, einzelne Mensch wird nun als ein Subjekt[303]), als ein denkendes, fühlendes, wollendes Ich gedacht, das in seiner physisch-psychischen Tatsächlichkeit allem Objektiven — mag dasselbe wirklich oder nur gedacht sein — fremd gegenübersteht und nur sich selbst, nicht aber auch andere Menschen als Subjekte, als Personen, als Träger von Selbstbewußtsein gelten läßt[304]). In dieser Isolierung und Vereinzelung erkennt der Mensch zwar alles, kann aber von keinem erkannt werden. Seine Lebensäußerungen, insbesondere sein Wollen und sein Handeln, sind nur durch die Eigenart des relativ geschlossenen psycho-physischen Systems seines Ich begründet und bedingt. Damit aber sind sie irrational, nicht logisch, sondern lediglich psychologisch erfaßbar. Sie tragen ihren Maßstab in

---

[301]) Der liberale Denker erkannte den Menschen natürlich auch in seiner empirisch-konkreten Individualität. Sah in ihm aber nicht einen Träger höherer Werte, an dem sich Recht und Staat auszurichten hatten. Diese Bedeutung kam seiner Ansicht nach dem natürlichen Menschen nur insoweit zu, als er zur sittlichen Persönlichkeit werden kann (s. oben S. 100).

In dieser Auffassung kommt eine unglückliche Zerreißung des einheitlichen Menschen in zwei voneinander im Grunde durchaus verschiedene Personen zum Ausdruck. Der Einzelne als Staatsbürger, als Mitträger des Gemeinschaftswillens, als Individuum ist ein ganz anderer als der Einzelne als Objekt des Rechtszwanges; der Verbrecher ist nicht derselbe, dem Recht und Staat zu dienen haben, deshalb kann auch der Staat gegen ihn mit der Todesstrafe vorgehen.

Dieser Dualismus der Person entspricht durchaus der Neigung der Aufklärungszeit, Zusammengehöriges und Einheitliches zu trennen. Er bildet so in unverkennbarer Weise ein Gegenstück zu Kants Lehre von der Unterschiedlichkeit des intelligiblen vom empirischen Charakter. —

[302]) Max Stirner, der das konkrete, individuelle Ich in den Mittelpunkt seines philosophischen Systems stellte, mußte deshalb folgerichtig beim Anarchismus endigen.

[303]) Als „Subjekt" wird der Mensch hier psychologisch-erkenntnistheoretisch begriffen. So betrachtet stellt er ein „Ich" dar, das sich einem anderen — Nicht-Ich, Gegenstand, Objekt — gegenüberfindet oder gegenüberstellt.

Der damit begründete Zwiespalt von Person und Außenwelt ist zum erstenmal in dem individualistischen Geiste des römischen Rechtes zum Ausdruck gekommen, der nur den Willen des für sich seienden Individuums kennt und ihm den abstrakten Staatswillen des Obrigkeitsstaates gegenüberstellt. Diese Auffassung hat späterhin im Geistesleben der romanischen Länder — vorzüglich in Frankreich — Eingang gefunden und ist dann vom Fremdstrom der Aufklärung als fremdes Geistesgut auch an unseren Strand geworfen worden.

Vergl. Eduard Wechßler, Esprit und Geist. Versuch einer vergleichenden Wesenskunde der Deutschen und Franzosen (1927).

[304]) Andere Menschen müssen in bezug auf das Ich als Objekte, Gegenstände bezeichnet werden.

sich selbst und ihre Möglichkeit beruht auf der natürlichen Fähigkeit des Einzelnen, sein Wirken und Handeln nur durch sich selbst zu bestimmen[305]). Wer jemals an einen Menschen die skeptische Frage nach dem Grunde und der Rechtfertigung seiner natürlichen Lebensbetätigung richten würde, könnte deshalb nur die lakonische Antwort erhalten: „Ich will es so, nur weil ich es so will"[306]).

Auf dieses allen objektiven Maßstäben entrückte Wollen und Handeln des Subjektes bezieht sich nun der Begriff des „freien Ermessens". Damit tritt er zwangsläufig in Gegensatz zum Begriff des Rechtes. Die Verschiedenheit kommt in Gegensatzpaaren wie „voluntas—ratio", „Subjektivität—Objektivität", „persönliches Handeln—unpersönliche Norm", „Ungewißheit—Gewißheit" zum Ausdruck.

*

Ein freies Ermessen dieses Inhaltes wurde nun zunächst überall dort festgestellt, wo das Recht der konkreten Person eine freie Betätigungsmöglichkeit bestimmten Umfanges belassen hatte. Da das beim Staatsbürger im Grunde ebenso wie beim Herrscher und den ihm nachgeordneten Beamten der Fall war, sprach man von einem freien Ermessen des Bürgers[307]), von einem freien Ermessen des Herrschers, der Regierungs- und Verwaltungsbeamten. Schon bald machte sich jedoch die Neigung bemerkbar, die Feststellung freien Ermessens auf das Handeln der Staatsorgane zu beschränken. Das hatte offenbar seinen Grund in der erhöhten Bedeutung, die gerade diesen Verhältnissen gegenüber dem Handeln des einzelnen Bürgers für den Bestand der sozialen Freiheit des Individuums zukam; denn ein Durchsetzungszwang begleitete nicht nur die Rechtshandlungen, sondern auch die Ermessensausübung eines Beamten.

Mit der Beschränkung des Ermessensproblems auf die im öffentlichen Leben praktisch werdenden Fälle ist keine bemerkenswerte inhaltliche Umgestaltung verbunden.

Man wäre zwar geneigt anzunehmen, daß jetzt statt der subjektiv-bedingten Lebensbetätigung natürlicher Personen das

[305]) Vergl. Binder, Rechtsphilosophie, S. 441.
Er kennzeichnet die Auffassung der damaligen Zeit folgendermaßen: „Subjekt oder Person ist der Mensch als Träger eines Willens im Sinne der psychischen Tatsächlichkeit; es ist damit jeder Zusammenhang mit der Ethik, mit der Freiheit und Vernünftigkeit dieses Willens gelöst.

[306]) Es ist verständlich, daß man den ungehemmten Gebrauch der natürlichen Kräfte (und damit ein uneingeschränktes, freies Ermessen) als glatte Willkür bezeichnete.

[307]) Vergl. Fleiner, Institutionen (1922; 6. u. 7. Auflage), S. 132. Er spricht hier davon, daß es das Privatrecht den Beteiligten überlasse, ihre Rechtsverhältnisse innerhalb eines großen Gebietes nach freiem Ermessen ins Leben zu rufen und auszugestalten.

objektive Interesse des Staates in Gegnerschaft zum Rechte tritt. Das ist jedoch nicht der Fall.

Die Interessen und Zwecke eines Staates sind nach der damaligen Zeitanschauung überhaupt nichts objektiv Feststehendes. Staatsinteresse ist vielmehr das, was der zu seiner Wahrnehmung Berufene dafür hält. So wird ein Herrenmensch, der an der Spitze eines Staatsgebildes steht, dessen Zielrichtung anders bestimmen als ein auf Ausgleich bedachter in seinem Verstandes- und Gefühlsleben überfeinerter Staatsmann[308]).

Wie im Großen, so soll es auch im Kleinen sein.

Der Verwaltungsbeamte bestimmt die Interessen des Staates und die Art ihrer Befriedigung in genau so freier und selbstherrlicher Weise wie die leitenden Regierungsstellen[309]); es sei denn, daß eine Entscheidung über die Wahrung der Staatsinteressen in diesem oder jenem praktischen Falle bereits von einer Dienststelle getroffen wäre, an deren Anweisung er gebunden ist. Dann ist seine Tätigkeit nicht eigene Wahrnehmung

---

[308]) Die subjektiv-bedingte Bestimmung der Zielrichtung des Staatslebens spricht wohl auch aus dem bekannten Worte Ludwigs XIV.: l'état c'est moi.

Pufendorf bringt in „Jus naturale et gentium" VII e. 2 zum Ausdruck, daß der absolute Staat des 17. und 18. Jahrhunderts der eine reale Wille des Herrschers sei — „rex est populus" —, der als einzelner seinen Untertanen gegenübersteht und ihre Willen als fremde Willen beherrscht.

In Übereinstimmung damit spricht Bähr (Rechtsstaat S. 52) vom „freien menschlichen Dasein des Staates", setzt Laband (s. oben Anm. 25) die Tätigkeit des Regierens und Verwaltens mit allgemeinen menschlichen Lebensäußerungen gleich.

[309]) H. Schulze sieht das Wesen der Verwaltung nicht „im Vollziehen von Gesetzen", sondern in der „Macht, im einzelnen Falle das Gemeinnützige anzuordnen".

(Das preußische Staatsrecht, 2. Aufl. 1. Bd. (1888) S. 134 f.)

Goez erklärt: „Der Verwaltung ist eine gewisse Willkür eigentümlich, die Freiheit des durch den abstrakten Erfolg aus Gründen der Zweckmäßigkeit geleiteten Ermessens". (Die Verwaltungspflege in Württemberg 1902 S. 3.)

Bühler definiert freies Ermessen als „die vom Gesetze einer Behörde gewährte Möglichkeit, die Entscheidung in einer Verwaltungsmaßnahme danach zu treffen, ob sie ihre Wirkung vom Standpunkt der Förderung der Staatszwecke aus für wertvoll hält oder nicht".

(Die subjektiven öffentlichen Rechte 1914 S. 26.)

Otto Mayer spricht von „der eigenen Erwägung des Gemeinwohles (öffentliches Interesse)" durch die Verwaltungsbeamten (administratives Ermessen).

(Deutsches Verwaltungsrecht 1924, 1. Bd., S. 99.)

Fritz Fleiner stellt fest: „Die Entscheidung darüber, ob in einem gegebenen Falle ein öffentliches Interesse vorliege ... ist der Verwaltungsbehörde zu überlassen". An anderer Stelle heißt es dann: „Ob ein öffentliches Interesse vorliegt, kann nur aus der Gesamtanschauung eines Verwaltungszweiges ... heraus beurteilt werden, bei denen Zukunftserwägungen eine Rolle spielen. Ein selbständiges Urteil zu fällen ist nur der in der Lage, der kraft seines Amtes die neuen Aufgaben überblickt, die ununterbrochen aus der Entwicklung des Verkehrs geboren werden". (Einzelrecht und öffentliches Interesse 1925 S. 3/4, S. 22.)

der Staatsinteressen, sondern die Exekution fremder Staatsinteressenwahrnehmung.

Wir können also festhalten, daß die Politik im Sinne der Wahrnehmung von Staatsinteressen[310]) — gleichgültig von welcher Stelle sie auch erfolgte — nach liberaler Anschauung an nichts Objektives, Absolutes oder Feststehendes gebunden war, sondern als Ausfluß und Ausdruck der individuellen Persönlichkeit, als Spiegelbild subjektiven menschlichen Denkens, Fühlens und Wollens angesehen wurde[311]).

Die Interessen und Bedürfnisse des Staates sind dem Individuum mithin weder freundlich noch feindlich. Was dem Bestande seiner sozialen Freiheitssphäre gefährlich werden könnte, sind die konkreten Menschen, die sie wahrzunehmen haben. Ihr Wollen und Handeln ist auch in dieser Beziehung nur die Äußerung einer ewig veränderlichen Individualität, eines höchst komplizierten und wunderlichen Trieblebens. Deshalb ist es selber schwankend, unsicher und unberechenbar und bildet damit eine Quelle dauernder Störungen und Belästigungen für das nach sittlicher Freiheit strebende Individuum[312]). Es liegt also durchaus in seinem Interesse, daß das Recht die Wahrnehmung der Staatszwecke von Fall zu Fall auf s e i n e Weise zu bestimmen sucht; denn damit tritt an Stelle subjektiver und deshalb unsicherer politischer Spekulationen der Beamten die objektive und sichere rechtliche Regelung, an Stelle „freien Ermessens" die gebundene Rechtsanwendung[313]).

---

[310]) Die Wortbezeichnung „Wahrnehmung der Staatsinteressen" hat im Schrifttum jener Zeit einen bestimmten Sinngehalt. Sie bedeutet so viel wie Nachdenken über das Was und das Wie, über Ziel und Weg der Politik und schließlich ihre verbindliche Bestimmung. Im Gegensatz dazu steht die bloße Vollziehung und Exekution rechtlicher und politischer Befehle. Sie ist zwar auch auf die Staatsinteressen gerichtet, aber nicht von sich aus, nicht aus sich heraus, sondern zufolge einer fremden politischen Entscheidung. Man mag in diesen Fällen von einem Dienst am Staate, von einer Richtung auf die Befriedigung der Staatsinteressen reden oder feststellen, daß der betreffende Beamte den Staatsinteressen gemäß oder entsprechend handelt, die (fremde) Erfüllung der Staatszwecke fördert. Alle diese und andere Ausdrücke besagen, daß es sich hier nicht um Gestaltung des Gemeinschaftslebens selbst, sondern um Dienst an seiner Gestaltung handelt, daß nicht freies produktives Handeln, sondern gebundenes reproduktives Handeln gegeben ist und daß das betreffende Handeln nicht selbst etwas Politisches ist, sondern lediglich der Politik entspricht.

Dieser bemerkenswerte Unterschied liegt auch den Ausführungen auf S. 23 zugrunde.

[311]) Vergl. oben S. 29 ff.

[312]) Dieser Gedanke kommt in dem Worte Kelsens zum Ausdruck: „Die Herrschaft von Mensch über Mensch ist ein dem demokratischen Empfinden unerträgliches Faktum".

Vergl. Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie 1920 S. 10.

[313]) Nach Anschauung jener Zeit hindert die verwaltungsrechtliche Regelung eines in abstrakto gedachten Falles die Behörden keinesfalls daran, den Staatsinteressen zu d i e n e n. Ist doch das Gesetz, das sie in Anwendung zu bringen haben, nicht staatsfeindlich gesinnt, sondern sucht gerade

(Fortsetzung nächste Seite)

Im Widerstreite von Recht und Ermessen änderte sich das Kräfteverhältnis zunächst immer mehr zugunsten des Rechtes. Zahlreiche Spezialgesetze wurden erlassen, die das Vorgehen der Verwaltungsbeamten genau bestimmten. Wo eine detaillierte Regelung unmöglich war, beschränkte man sich darauf, die Art der behördlichen Maßnahmen durch Aufstellung von Generalklauseln und Grundsätzen wenigstens anzudeuten[314]).

Die Rechtswissenschaft bemühte sich mit ihren Mitteln, die soziale Freiheitssphäre des Individuums zu sichern. Sie wies auf die bestehenden rechtlichen Bindungen hin und suchte im übrigen die dem Beamten verbliebenen Ermessensfreiheit (warnend?) zu verdeutlichen.

Ihre anfänglich recht oberflächlichen und auf das Allgemeine beschränkten Untersuchungen wurden dementsprechend sorgsamer geführt. Man betrachte allmählich alle Zweige des Verwaltungslebens auf den Grad ihres Ermessensgehaltes hin und bemühte sich redlich, in dem chaotischen Durcheinander von freier und gebundener Tätigkeit genaue Grenzen zu finden[315]). Begegnete indessen eine solche Grenzbestimmung schon erheblichen Schwierigkeiten, so schien ein Erfassen der Ermessensfälle selbst gänzlich unmöglich zu sein. Glich doch das persönliche Wollen und Handeln der Verwaltungsbeamten, um in einem damals gebräuchlichen Bilde zu reden, einem unermeßlichen Meere, in dem abstrakte Normenkomplexe wie festgefügte Ländermassen aufragten. Wer vermöchte es je auszuschöpfen oder auch nur in seinen treibenden Fluten festen Fuß zu fassen? — Rettung aus diesem Dilemma brachte schließlich die rechtswissenschaftliche Methode Otto Mayers, indem sie die Beobachtung „freien Ermessens" auf die Akte behördlichen Handelns beschränkte, in denen eine irgendwie geartete Beziehung zum Gesetze gegeben war. Jetzt war ein Überblick möglich. Die rechtswissenschaftliche Forschung hat dann auch bei der Untersuchung der hier in Frage stehenden Verhältnisse Erfolgreiches geleistet.

Für das Ermessensproblem hatte die Einführung der rechtswissenschaftlichen Methode eine Änderung seiner Position zur Folge.

Zwar bestand der Widerstreit zwischen dem freien Walten realer Kräfte und dem Herrschaftsanspruch idealer Normen,

---

umgekehrt den Erfordernissen des Staatslebens nach bestem Können zu entsprechen. (Vergl. die Ausführungen oben auf S. 23). Sie schließt aber die eigene Wahrnehmung der Staatsinteressen durch die Beamten und damit ihr freies politisches Handeln aus.

Über das Spannungsverhältnis von Recht und Politik vergl. oben S. 46 ff.

314) Die Generalklauseln waren vielfach wieder die Quelle einer Sondergesetzgebung.

Vergl. Hedemann, Flucht in die Generalklauseln, S. 62 ff.

315) Die Scheidung von Rechts- und Ermessenssachen wird von Zorn geradezu als die „quaestio diabolica" bezeichnet. Vergl. Verwaltungsarchiv, Bd. 2, S. 82.

zwischen dem persönlichen Wollen und dem unpersönlichen Sollen an sich weiter fort. Er änderte aber seine äußere Erscheinungsform. Nicht mehr der Gegensatz zwischen der persönlich gewollten und der gesetzlich bestimmten Wahrnehmung der Staatsinteressen war jetzt dafür bezeichnend, sondern die neu entdeckte Diskrepanz zwischen freier Gesetzesvollziehung und dem auf Bindung angelegten Gesetze, zwischen konkreter Entscheidung und abstrakter Norm, zwischen der persönlichen Rechtssetzung und der gesetzlichen Rechtssatzung.

Durch diese Einbeziehung des Ermessensproblems in das Rechtsleben erfuhr die persönliche Handlungsfreiheit des Verwaltungsbeamten eine erneute Beschränkung und zwar eine Beschränkung allgemeiner Art.

Wir haben festgestellt, daß das freie Ermessen als wirkliches und tatsächliches Wollen und Handeln von Menschen angesehen wurde. Als solches war es einzig und allein im Subjekte begründet; denn das tatsächliche Vorgehen kann immer nur einem tatsächlichen Subjekte entsprechen. Es ist Ausfluß seines individuellen Lebens, Äußerung seines persönlichen Gestaltungswillens und von dem jedes anderen Subjektes ebenso sicher verschieden, wie alle einzelnen Subjekte voneinander verschieden sind. So beschaffen, war das freie Ermessen für jeden davon Betroffenen nichts als der Ausdruck unbedingter Fähigkeit des anderen, Beliebiges zu wollen, und mit diesem Inhalte nichts als ein Stück fremder Willkür[316]).

Die Kennzeichnung der Ermessensausübung als eine „freie Gesetzesvollziehung" zog notwendig eine gewisse Änderung in der Grundauffassung „freien Ermessens" nach sich. Wenn man nicht einfach die Willkür legalisieren wollte, so mußte man außer dem subjektiven Wollen und Meinen der zuständigen Personen noch ein weiteres, objektiv-rechtliches Moment für seine Ausgestaltung als maßgeblich erachten. Dieses Moment sah man nun in der Bindung der freien Tätigkeit an einen bestimmten positiv-rechtlichen Auftrag. Die Formulierung dieses allgemeinen Auftrages war schwankend. Am häufigsten gebrauchte man noch die Formel: „Handle im Staatsinteresse"[317]).

Je mehr man dem Gedanken nähertrat, daß der Richter oder Verwaltungsbeamte Individualnormen oder Entscheidungsnormen

---

[316]) Vergl. oben S. 40.

[317]) Solange die Ermessensausübung an positive Normen gebunden ist, kann sie höchstens rechtmäßig, nicht aber rechtlich sein. Ist sie aber nur rechtmäßig, so kann sie keine Rechtsschöpfung, sondern muß Rechtsanwendung sein. Es ist erstaunlich, daß das nicht erkannt wurde.

Für die Unklarheit, die über die Begriffe „rechtmäßig" und „rechtlich" und weiterhin über die Natur der Rechtsanwendung und Rechtserzeugung herrschte, ist die allgemeine Behauptung charakteristisch, daß vertragschließende Parteien Recht erzeugten.

durch seine Ermessensausübung erzeugte, um so allgemeiner und abstrakter glaubte man die Bestimmungsnorm fassen zu müssen. Die der Rechtsordnung zugrunde liegenden soziologischen Verhältnisse, aus allen gegebenen Rechtsordnungen induktiv gewonnene Sätze, die Grundnorm und andere an der Spitze eines Rechtssystems stehende Normen sollten dafür maßgebend sein. Aber auch in allen diesen Fällen war das freie Ermessen nicht etwa idealen Gebilden zugeordnet, sondern wirklichen und wirksamen Rechtssätzen unterworfen.

Der subjektive Grundcharakter freien Ermessens blieb von diesen Beschränkungen unberührt. Es wurde dadurch keineswegs von der Person des Erzeugers losgelöst und führte im objektiven Wertzusammenhange der Rechtsordnung zusammen mit anderen Normen ein Sonderdasein. Nach wie vor war es das Sprachrohr der konkreten Person, der Ausdruck seiner Auffassungen und Ansichten, seines individuellen Wollens und Handelns, eingeschränkt lediglich durch den Befehl einer allgemeinen Rechtsnorm[318]).

*

Die Geschichte menschlicher Kultur vollzieht sich nicht in gleichmäßig aufwärtsführenden Bahnen. Von ewigem Kampfe um zeitliche Werte erschüttert, vom Wechsel feindlicher Grundanschauungen hin und her geworfen, in ihrem Laufe vom Haß und Fanatismus der Masse gehemmt, gefördert aber vom Wirken großer Geister, strebt sie in periodischem Auf und Ab ihren idealen Endpunkten zu. Die Schwankungen, denen jede Kulturentwicklung unterworfen ist, zeigen sich nun nicht nur in ihrem Gesamtbilde. Sie werden ebenso in der wechselnden Ausgestaltung einzelner Kulturwerte, ebenso in den Pendelschwüngen deutlich, in denen sich die Geschichte einer einzelnen Idee, eines bestimmten Problems vollzieht. Spiegelt sich doch das Leben im Einzelnen und Unbedeutenden ebenso wieder wie im Großen und Erhabenen. —

Das zeigt sich deutlich genug in der weiteren Entwicklung des Ermessensproblems.

Ende des 19. Jahrhunderts setzte zugunsten der Persönlichkeit, zugunsten des natürlichen Menschen eine starke Bewegung gegen den Absolutismus der objektiven und unpersönlichen Rechtssätze ein. Ihre tiefsten Wurzeln liegen in Erscheinungen,

---

[318]) Es sei bemerkt, daß die Bezeichnung dieser rechtlichen Bindung als sog. „innere" Schranke freien Ermessens irreführend ist. Diese Beschränkung verwaltungsbehördlichen und später des richterlichen Ermessens war ebenso äußerer Art, wie es die Beschränkung der allgemeinen menschlichen Handlungsfreiheit durch das Recht ist.

die nicht allein die Rechtswissenschaft und Rechtspflege betreffen, sondern ein Stück allgemeiner Kulturgeschichte darstellen[319]).

Es sei nur auf die hervorstechendsten Momente hingewiesen.

Zunächst sei der gesteigerte Subjektivismus jener Zeit genannt. Er zeigte sich vornehmlich im Kampfe des Sozialismus gegen die Freiheits- und Gleichheitsidee des liberalen Bürgertums[320]).

Wir haben oben[321]) schon darauf hingewiesen, daß im Mittelpunkte der liberalen Staatsanschauung das „Individuum" stand. Es wurde als bloßes Gedankengebilde, als Abstraktum ohne Eigenart und Individualität gedacht. Sollte es doch im Grunde nichts weiter darstellen als der personifizierte Inbegriff der Fähigkeit zum Sittlichen, als personifizierte sittliche Freiheit. Bewertete man nun den konkreten Menschen nur als Verkörperung jenes abstrakten Vernunftschemas, das auch in tausendfacher Wiederholung sich immer gleich blieb, so war damit zugleich die Gleichheit aller Menschen begründet[322]). Gegen diese Gleichsetzung aller wendet sich der Sozialismus. Seiner Auffassung nach ist damit eine Verstärkung und Vertiefung tatsächlicher Ungleichheit verbunden. Politische Gleichheit und Freiheit führe zur Unterdrückung der politisch Machtlosen, wirtschaftliche Gleichheit führe zur Ausnutzung wirtschaftlicher Abhängigkeit, Vertragsfreiheit bedeute Diktatfreiheit der Besitzenden, Rechtsgleichheit bedeute in Wahrheit die Entrechtung des Proletariats. Aus diesen Gründen glaubte der Sozialismus dem bürgerlichen Verlangen nach Freiheit und Gleichheit widersprechen zu müssen. Statt an dem isolierten und individualitätslosen Individuum sollten Recht und Staat an dem individuellen und vergesellschafteten Menschen, dem Subjekte orientiert werden[323]).

Der Einzelne trat in seinem empirischen Sein nicht nur im politischen Leben stärker hervor. Seine Bedeutung wuchs auf allen Gebieten des Kulturlebens. Erwähnt sei nur, daß Denker wie Spenzer und Nietzsche, Dichter wie Zola, Ibsen und Tol-

---

[319]) Anderer Ansicht Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz 1914, S. 308. Seiner Ansicht nach soll diese Bewegung eine rein juristisch-fachwissenschaftliche sein.

[320]) Vergl. Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 64.

Beachte insbesondere den dort zitierten Ausspruch von Karl Marx.

[321]) S. 100.

[322]) Der Gleichheitsgedanke hat im übrigen durch das Aufkommen des Demokratismus wesentliche Förderung erfahren.

[323]) Die Tatsache, daß ein großer Teil der „Freirechtler" im politischen Lager des Sozialisten stand, spricht für die Richtigkeit der Behauptung, daß von der geistig-gesellschaftlichen Bewegung des Marxismus starke Einflüsse auf die Umgestaltung der Rechtsanschauung im Sinne einer Bedeutungssteigerung des Subjektes ausgegangen sind.

In Schriften moderner Marxisten zeigt sich ebenfalls die Tendenz, das Subjekt am Rechtsleben aktiv zu beteiligen:

Vergl. Isay, Rechtsnorm und Entscheidung 1929, M. Beradt, Der Deutsche Richter 1920.

stoj den individuellen Menschen mit allem, was in ihm an Heiligem und Gemeinem lebte, in den Mittelpunkt ihrer Werke stellten.

Hand in Hand mit diesem individualistischen Geiste geht eine naturwissenschaftliche Denkweise.

Schon die Aufklärer hatten sich mit Vorliebe mit der sinnlich gegebenen Natur beschäftigt und eine gewisse Abneigung gegen die übersinnliche Welt gezeigt. Sie suchten deshalb, was wir in die Welt der Geltung verlegen, in die Welt des Diesseits herabzuziehen und psychologisch, d. h. naturwissenschaftlich zu erklären. Jetzt wurde auch das Recht jener Betrachtungsweise unterworfen. Man fragte beispielsweise, auf welchen psychischen Vorgängen seine Geltung beruhe, und betrachtete die Rechtsentscheidungen nicht als Ausdrucksmittel einer gedanklichen Beziehung zwischen Rechtsnormen und Lebenswirklichkeit, sondern als „Erzeugnis eines volitiven, wertenden Denkaktes“[324]). Diese Untersuchungen führten nun auf diesem Gebiete zu einer Abkehr von dem unter Nachwirkung der Aufklärung herrschenden Intellektualismus und Logizismus. Die moderne Meinung ging dahin, daß das Bestimmende und Entscheidende im Rechtsleben nicht der Intellekt sei, sondern das Wollen und Fühlen[325]). Auch das Denken sei allenthalben mit Willenselementen durchsetzt. Neben die Urteile treten Beurteilungen, neben das wertfreie trete das wertende, das emotionale (gefühlsbetonte) Denken[326]).

Die hier skizzierten geistigen Bewegungen führten nun auf dem Gebiete des Rechtes zu einer Minderung des Einflusses der objektiven und unpersönlichen Norm.

Die Eignung der Gesetzesform zur Garantie der sozialen Freiheit des Individuums war vorher unbestritten gewesen. Jetzt erfuhr sie eine sehr kritische Beurteilung. — Das Recht müsse zu diesem Zwecke auf ständig variierende soziale Gegebenheiten angewendet werden. Die Gesetze seien oft zu starr und unbeweglich, um das zu ermöglichen. Zwar biete die Interpretation gewisse Möglichkeiten, ihren Wortlaut zu erweitern und einzuengen. Aber auch die geschickteste Auslegung vermöge nicht zu verhindern, daß das Mittel des Gesetzes den Zwecken des Gesetzgebers häufig genug nicht entspreche, ja, sogar ihnen zuwiderlaufende Ergebnisse hervorbringe. Um zu einer zweckentsprechenden Rechtsentscheidung zu gelangen, müsse man deshalb häufig genug von dem objektiven Inhalt des Gesetzes absehen und sein subjektives

---

324) Hermann Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, S. 28.

325) Dem entspricht eine allgemeine voluntaristische Strömung jener Zeit, der wir z. B. in den Werken Schopenhauers, Nietzsches, Darwins und Wundts begegnen.

326) Vergl. H. Maier, Psychologie des emotionalen Denkens 1908. Lask, Die Lehre vom Urteil 1913.

327) Vergl. Gnäus Flavius (Kantorowicz), Kampf um die Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1908, S. 41.

Rechtsempfinden[328]) sprechen lassen. — So triumphiert der individuelle Mensch, der konkrete Richter letzten Endes über die generelle und abstrakte Norm, sein Wollen und Fühlen über die Vernunft des Gesetzes.

Der vorgeschobenste Posten dieser bedeutsamen Bewegung ist die sogenannte Freirechtsschule. Ihre Gegnerschaft zum Gesetzesrechte trat verständlicherweise dort am auffallendsten in die Erscheinung, wo das Gesetz bisher am unumschränktesten geherrscht hatte — auf dem Gebiete der Rechtsprechung.

Indem man die Grenzen der Leistungsfähigkeit des Gesetzes zu erkennen glaubte, trat Hand in Hand mit einer Entwertung des Gesetzes eine Höherbewertung des Richteramtes ein. Nicht das Gesetz, sondern allein der schöpferische Akt eines ungebundenen genialen Richters sollte der sozialen Zweckbestimmung des Rechtes entsprechen können. Damit war zugleich das Postulat einer Annäherung der Tätigkeit des Richters an diejenige des Gesetzgebers und des Verwaltungsbeamten begründet. — So setzte die Freirechtsbewegung dem Gesetzesabsolutismus der Aufklärung einen nicht minder maßlosen Absolutismus des Richters entgegen, der in seinen Auswirkungen den Richter zum Herrn über das Gesetz erhob und damit zu einem Richtersubjektivismus, zur Legalisierung richterlicher Willkür geführt hätte.

Wenn auch die meisten ihrer Postulate niemals ernsthafte Beachtung fanden, so hatte die Freirechtsbewegung doch jedenfalls die Wirkung, daß die rechtlichen Verhältnisse bei der Rechtsprechung fortan ein besonderes Interesse der Rechtswissenschaft fanden. Deutlich genug ist das in der Ermessenslehre selbst spürbar, wo man sich jetzt hauptsächlich um eine Grenzregulierung zwischen Gesetzesmacht und Richterfreiheit bemühte. Ein weiterer „Erfolg" der Freirechtsbewegung war die grundsätzliche Anerkennung, die die persönliche Beteiligung des Richters bei der Urteilsfindung in der öffentlichen Meinung fand. Freies oder pflichtmäßiges Ermessen fand sich angeblich in vielen, wenn nicht in jedem Akte der Rechtsanwendung.

*

[328]) Jung bezeichnet das „freie Recht" als ein „latentes d. h. empfindungsmäßig vorhandenes, erst im Einzelkonflikt bewußt werdendes Recht". Damit nimmt er auf ein emotionales Moment als Rechtsquelle Bezug.
Vergl. E. Jung, Problem des natürlichen Rechts, S. 43/47.
Ehrlich will als Recht anerkannt wissen, „was von den maßgeblichen Kreisen als Grundlage der staatlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Ordnung empfunden wird".
Vergl. Ehrlich, „Die Tatsachen des Gewohnheitsrechtes" 1907, S. 8/9 und 38.
Völlig irrational wird aber die Rechtsprechung, wenn Ernst Fuchs alles auf „die Gemütskraft" des Richters abstellt. Vergl. E. Fuchs, Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz 1909.

Eine Opposition gegen die neue Richtung konnte nicht ausbleiben. Pflegt doch, wie die Geschichte lehrt, jede Reformation eine Gegenreformation hervorzurufen. Die Gedanken der Aufklärung waren vom modernen Subjektivismus zum Teil verdrängt worden. Jetzt treten sie erneut hervor, entschlossen, die Rechtsnorm aus ihrer Verbannung zu befreien und auf den Königsthron zurückzuführen.

Im Grunde genommen haben auch die Subjektivisten radikaler und gemäßigterer Richtung den Boden der liberalen Rechtsanschauung nicht verlassen[329]). Auch sie bezeichneten es als die Aufgabe des Rechtes, die soziale Freiheitssphäre des Einzelnen zu sichern. Im Gegensatz zu den Aufklärern glaubten sie aber, daß diese Schutzfunktion des Rechtes ohne persönliche Beteiligung Einzelner nicht erfüllt werden könnte.

Das rief den Widerspruch des im Positivismus und Neukantianismus wiedererstandenen Geistes der Aufklärung hervor.

Die moderne Los-vom-Gesetze-Bewegung hatte das Recht zwar in seiner alles beherrschenden Stellung belassen. Da es aber nach ihrer Auffassung nicht etwa in der Norm, sondern erst in der Souveränität einer letzten Entscheidung wirklich wurde, hatte sie tatsächlich an die Stelle eines objektiven, unpersönlichen und rationalen Gebildes die subjektive und irrationale Herrschaft von Richtern gesetzt, die der Herrschaft des absoluten Staatsoberhauptes nicht unähnlich war[330]). Damit lieferte sie aber den einzelnen Bürger der Willkür konkreter Menschen aus[331]) und bedrohte geradezu das „köstliche Gut der Freiheit und Gleichheit", das sie zu schützen vorgab.

Wenn man nun das Individuum von unvorhergesehenen Eingriffen in seine soziale Freiheitssphäre bewahren wollte, so mußte man versuchen, das Recht von der persönlichen Einflußnahme des Richters zu befreien. Man mußte ihm die alte Sicherheit, Festigkeit, Unverbrüchlichkeit und Objektivität zurückzugeben suchen, kurz, statt eines Entscheidungsrechtes ein Normenrecht postulieren.

---

[329]) Es ist in diesem Zusammenhange interessant zu erfahren, daß auch die im Marxismus eingekleideten individualistischen Ideen eine enge Verbindung mit liberalen Grundsätzen eingegangen sind. Äußerste Demokratie, politische Freiheiten in jeder Form, Freihandel, Gewerbefreiheit (wo nicht gerade die Sozialisierung in Betracht kam), Berufsfreiheit waren von jeher die Grundforderungen der Marxisten gewesen. So erscheint der marxistische Sozialismus einerseits als der mächtigste Widersacher des Liberalismus, andererseits als dessen mächtigster Helfer, politisch wie theoretisch.

[330]) Daran ändert auch die Feststellung nichts, daß diese Herrschaft nur in den Schranken starrer Rechtssätze ausgeübt werden konnte.

[331]) Stammler bezeichnete eine freirechtliche Justiz geradezu als Kadijustiz. „Heißt das nicht", so sagt er wörtlich, „das arabische Sprichwort wahr machen: Der Christ lernt das moslemische Recht, wenn er aus dem Gerichte herauskommt".

Vergl. Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht, S. 160/61. Ebenderselbe, Die grundsätzliche Aufgabe des Juristen, S. 241.

Dieses Ziel glaubte man nur dann erreichen zu können, wenn man das Recht aus allen psychischen, sozialen, aber auch aus allen hyperphysischen Zusammenhängen löste[332]), in die es der Modernismus gestellt hatte. War doch die rechtliche Bedeutung, die man allen diesen höchst verwickelten und ewig veränderlichen Verhältnissen zugeschrieben hatte, der Grund für die Beteiligung des Subjektes bei der Rechtsverwirklichung gewesen. Zum anderen hielt man es für richtig, alle metarechtlichen Gesichtspunkte bei der Rechtsbestimmung auszuschalten, gleichgültig, ob sie nun im „Sinn" einer gesetzlichen Bestimmung, im gesetzgeberischen „Zwecke", in allgemeinen Prinzipien wie „Natur der Sache" usw. oder endlich im „Ziel" des Rechtes selbst zum Ausdruck gekommen waren. Ihre Bestimmung, — so glaubte man — könne niemals mit Eindeutigkeit erfolgen; denn sie seien zum großen Teile nicht der (verstandesmäßigen) Erkenntnis, sondern nur des (gefühlsmäßigen) Bekenntnisses fähig[333]). Da sie im übrigen außerrechtlicher Natur seien, entzöge sich ihre Feststellung jeder juristischen Nachprüfung. Dem Subjektivismus sei also Tür und Tor geöffnet, wenn man ihnen bei der Rechtsfindung eine entscheidende Bedeutung beilege. Anders sei es, wenn nur der handgreifliche, zweifellose, eben „rein juristische" Inhalt einer Rechtsnorm für den Richter oder rechtsanwendenden Beamten maßgeblich sein dürfe; dann könnten individuelle Verschiedenheiten der Beurteilung nicht mehr vorkommen. Größte Objektivität, Unverbrüchlichkeit und vor allem Berechenbarkeit einer Entscheidung wären in allen Fällen gegeben[334]).

Allein die Geister, die man einstmals beschworen hatte, ließen sich mit diesen Mitteln nicht wieder bannen.

Es wurde bereits eingangs hervorgehoben, daß dem Rechte vom Liberalismus die Aufgabe gestellt war, die soziale Freiheitssphäre des Individuums zu sichern. Das setzt voraus, daß es selbst sicher und präzise arbeitet. Da sich nun das Recht im Leben erfüllt, indem es das reale Geschehen nach seinem Vorbilde zu formen unternimmt, so hielt man das Recht nur dann

---

[332]) Über die wissenschaftliche Begründung der Trennung von Recht und Wirklichkeit, von Sollen und Sein, kann hier kein Wort verloren werden.

Vergl. zu dieser Frage Karl Larenz, Rechts- und Staatsphilosopnie der Gegenwart, S. 27 ff. und 40 ff.

[333]) Nach Adickes bezeichnet „Natur der Sache" nur die Gesamtheit der äußeren Verhältnisse und Umstände, aus denen heraus die „subjektive Vernunft" die Rechtssätze — richtig müßte es heißen: Den zur Entscheidung notwendigen rechtlichen Obersatz — zu finden habe.

Vergl. Franz Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen 1872, S. 22.

Über das Gegebensein irrationaler Elemente bei der Rechtsgutbestimmung des Strafrichters vergl. beispielsweise Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, S. 59 ff.

[334]) Vergl. Karl Schmitt, Über die drei Arten, S. 31/32.

für fähig, dieser Anforderung gerecht zu werden, wenn es das Leben vollständig und zwar mit allen seinen Einzelheiten und Eventualitäten zu erfassen in der Lage ist. Nun hatte man aber allmählich erkennen müssen, daß die empirische Wirklichkeit des Lebens in der Mannigfaltigkeit und Fülle seiner Erscheinungen das menschliche Erkenntnisvermögen übersteigt. Um wieviel weniger schien es möglich zu sein, es in rechtliche Tatbestände einzufangen oder eine Rechtsfolge in allen ihren Einzelheiten zu bestimmen. Das Recht — so glaubte man — kann also seine eigentliche Aufgabe garnicht korrekt lösen. Eine Möglichkeit, sie wenigstens teilweise zu lösen, schien dann gegeben, wenn es dem Rechte gelänge, die natürlichen Gegebenheiten des Lebens seinen Zwecken entsprechend umzubilden und zu vereinfachen. Für die passendste Methode hielt man die sogenannte „Abstraktion". Ein flüchtiger Blick auf die Rechtsordnung versetzte nun die Rechtsgelehrten jener Zeit in den Glauben, der Gesetzgeber habe dieses Verfahren tatsächlich in Anwendung gebracht[335]). Er habe scheinbar das viele Unwesentliche, daher nur Verwirrende der realen Dinge einfach weggelassen und operiere nur mit wenigen, aber wesentlichen, in abstracto gedachten Bestimmungen.

Diese angebliche Abstraktheit und Generellität der Rechtssätze begründete nach Auffassung der liberalen Juristen einmal die Würde und gleichzeitig die Schwäche des Rechtes.

Mit diesem Inhalte regele jede gesetzliche Normierung viele Fälle. Sie erhebe sich über den Einzelfall und über die konkrete Situation und habe dadurch eine gewisse Überlegenheit und Erhabenheit über die bloße Wirklichkeit und Tatsächlichkeit des konkreten Einzelfalles, der wechselnden Lage und des wechselnden Willens der Menschen. Auf der anderen Seite sei sie aber nicht in der Lage, dem Fluß der Ereignisse zu folgen, den wechselnden Bedürfnissen des Staates, der menschlichen Gesellschaft immer zu entsprechen, den vielfältigen und ausgedehnten Interessen des Einzelnen in allen Fällen zu dienen[336]).

Jene vorgebliche Schwäche der Gesetzestechnik mußte sich folgerichtig zu Gunsten des freien Betätigungstriebes der konkreten Menschen auswirken. Ließ doch das scheinbare Spannungsverhältnis von Recht und Leben nur zwei Möglichkeiten des Ausgleichs zu: Entweder verzichtet das Recht auf die Regelung vieler Fälle und überläßt sie dem freien Ermessen der zum Vorgehen berufenen Person oder es bedient sich bei seiner Realisierung der Mithilfe freihandelnder Menschen und fügt so in seine starren Regeln ein bewegliches Element ein.

---

335) Und zwar im Wege der sog. generalisierenden Abstraktion. Deshalb sind die Rechtssätze gleichzeitig abstrakt und generell.

336) Vergl. die Freiburger Antrittsrede von Kantorowicz „Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre", die sich gerade mit dieser angeblichen Unzulänglichkeit allen geschriebenen Rechts befaßt.

Tatsächlich glaubte man schon frühzeitig erkannt zu haben, daß viele Gebiete des menschlichen Lebens deshalb nicht für eine rechtliche Kodifikation geeignet waren, weil der schnelle und unvoraussehbare Wechsel der Ereignisse und Situationen jeder generellen gesetzlichen Bestimmung spottete. In solchen Fällen verzichtete man einfach auf eine rechtliche Regelung und überließ alles dem freien Ermessen des zuständigen Beamten[337]). Später konnte man sich zu solchem Verzichte nicht mehr bereitfinden. Im Interesse des Individuums unterwarf man grundsätzlich alles den abstrakten Gesetzesbestimmungen und zwar mit der Konsequenz, daß das freie Ermessen nunmehr im Rahmen des Rechtes selbst wirkte[338]). Der Modernismus rückte das Spannungsverhältnis von Recht und Leben, von abstrakt, generell und starr gedachter Norm und dem konkreten individuellen und beweglichen Leben mit der besonderen Absicht ins helle Licht der öffentlichen Meinung, um darauf sein Postulat von der maßgeblichen Beteiligung des Subjektes bei der Rechtsverwirklichung zu begründen[339]). Der Positivismus endlich war zu sehr dem Geiste der Aufklärung verhaftet, um sich von der typischen Antithese abstrakte Norm und konkretes Leben befreien zu können. Damit war aber auch für ihn die Konsequenz verbunden, ein freies Ermessen bei der Rechtsverwirklichung anzuerkennen. Das Zugeständnis, das er mit dieser Anerkennung dem Subjektivismus machte, schwächte er indessen mit der Feststellung ab, daß das freie Ermessen nicht geeignet sei, die Wirkung der objektiven Rechtssätze irgendwie zu mindern, daß es vielmehr im Konkretisierungsprozeß, den sie zwecks Anpassung an das individuelle und konkrete Leben in verschiedenen Stufen durchlaufen müßten, ihrer notwendigen Ergänzung diene.

So wird aus dem ehemals die Rechtssätze beherrschenden freien Ermessen wiederum ein dienendes Ermessen auf Grund und im Rahmen des Gesetzes. — Grundsätzlich gelte der objektive und unpersönliche Wille des Staates, so wie er in den Gesetzen zum Ausdruck komme. Lediglich in der Beurteilung der Frage, ob die Voraussetzungen des staatlichen Willens im konkreten Falle gegeben seien und bei der Realisierung dieses Willens selbst wäre dem zur Handlung verpflichteten Staatsorgane ein mehr oder weniger weiter Spielraum gegeben[340]).

Das Pendel der geschichtlichen Entwicklung des Ermessensproblems, das um den Aufhängepunkt „Liberalismus" unruhvoll hin und her schwang, hatte seine Rückwärtsbewegung angetreten. —

---

[337]) Vergl. oben S. 19.
[338]) Vergl. oben S. 32 ff.
[339]) Vergl. oben S. 51 ff.
[340]) Vergl. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 504.

II. Begründung des eigenen Standpunktes.

1. Wesensbestimmung des freien Ermessens.

Wie aber die Grenze zwischen dem „freien Ermessen" und dem Einflußgebiete der Rechtsnormen im einzelnen auch immer gezogen sein mag, immer ist sie die Kampflinie gegeneinander wirkender Mächte[341]). Auf der einen Seite steht das „Ich", das in Selbstbehauptung sich entladende, vom Machtwillen geschwängerte Leben, das sich alles zu unterwerfen sucht, was da geht und steht, fleucht und kreucht. Dieser selbstbewußten, auf Eroberung gerichteten Naturgewalt tritt das Gesetz als eine selbständige Macht entgegen und fordert von ihr, die Eigengesetzlichkeit ihres Wesens nicht zu übertreiben, sich insbesondere aller Angriffe auf den Staat und die ihn tragenden Individuen zu enthalten. Dieser Widerstreit von „freiem Ermessen" und Recht kommt nun in folgenden Antithesen zum Ausdruck: Das freie Ermessen hat die Beschaffenheit nur subjektiv zu sein, der Wille des Rechtes aber ist objektiv, Ermessen ist Selbstzweck, die Rechtsnorm Mittel zum Zweck, das eine ist natürlich gegeben und demgemäß irrational, das andere ist ein Produkt menschlichen Denkens und daher rational, wer nach Ermessen handelt ist frei, frei wie der Vogel in blauer Luft, frei wie das Tier in Wald und Feld und Wasser, lediglich in der Notdurft des Lebens befangen, wer aber nach Rechtsnormen handelt, handelt gezwungen, geht nicht eigene, sondern fremde Wege und bringt seine Persönlichkeit autoritativen Rechtsbefehlen zum Opfer.

Bei der Besprechung der bisher aufgestellten Lehrmeinungen hatte es sich gezeigt, daß ein freies Ermessen dieser Art[342]) weder bei der „Wahrnehmung des öffentlichen Interesses" durch die Staatsbehörden, noch bei der sogenannten „Gesetzesvollziehung" der Verwaltung, noch endlich in jenen Fällen gegeben

[341]) Als solche ist sie niemals endgültig bestimmbar; denn ihre Abhängigkeit von dem jeweiligen Kräfteverhältnis zwischen Recht und Ermessen bedingt eine dauernde Verschiebung.

[342]) Unsere Kritik an den aufgestellten Lehrmeinungen war eine sogenannte immanente Kritik; d. h. wir haben die Lehrmeinungen nicht unter Zugrundelegung unserer eigenen Auffassung vom „freien Ermessen", sondern von der Voraussetzung ihres eigenen — durchgängig gleichen — Ermessensbegriffes aus beurteilt.

ist, die angeblich das Produkt einer „Rechtsverwirklichung" sind. Die in jenem Zusammenhange getroffenen Feststellungen begründen nun die Vermutung, daß ein subjektives freies Ermessen, so wie es eben den zur Darstellung gebrachten Lehrmeinungen durchgängig zugrundelag, in keinem nur denkbaren Falle gegeben ist. Diese Vermutung wird zur Gewißheit, wenn wir die Möglichkeit eines Ermessens diesen Inhaltes ganz allgemein einer Überprüfung unterziehen.

*

Es bedarf nur eines unbefangenen Blickes, um festzustellen, daß der Mensch im Gesamtgefüge einer Kultur, innerhalb eines Volkes und der Menschheit gar nicht die Sonderexistenz führt, die der Liberalismus glaubte voraussetzen zu müssen. Das menschliche Leben ist vielmehr mit allen Zuhammenhängen, die eben die Kultur, das Volk, die Menschheit ausmachen, aufs innigste verflochten. Der Einzelne kennt nicht allein sich selbst, seine eigenen Gefühle und Gedanken, er liest im Blick eines Mitmenschen Freud' und Leid, Liebe und Haß, er versteht die Gesten und die Sprache des anderen, er denkt und fühlt mit ihm, er nimmt nicht nur sein Sonderinteresse, sondern auch das Allgemeininteresse wahr und lebt so letzten Endes nicht in sich selbst, sondern lebt und leidet im Ganzen, in der Gemeinschaft.

Diese unbestreitbare Wechselbeziehung zwischen dem Einzelnen und dem Ganzen ist nur unter der Voraussetzung möglich, daß zwischen den einzelnen wirklichen Menschen nicht nur eine Zusammengehörigkeit der physischen und psychischen Organisation nach verhanden ist, sondern darüber hinaus eine Gemeinschaft des Denkens, des Sinnes und des Bewußtseins besteht. Diese geistige Gemeinschaft — wie wir sie einmal nennen wollen — kann nun allein durch die Annahme einer einheitlichen Struktur der Vernunft[343]) begründet werden, die allen Menschen gemeinschaftlich ist, an der die Menschen also teil-

[343]) „Vernunft" ist hier ganz allgemein im Sinne von „Geist" zu verstehen.

Wir glauben nun, die „Vernunft" in eine objektive und eine subjektive Vernunft scheiden zu müssen. Objektive Vernunft waltet in der Welt der Werte, im Reiche der Ideen. Dementsprechend ist sie eine Aufgabe. Der Mensch soll sich danach richten und ihren Gehalt derart in der Wirklichkeit zur Darstellung bringen, daß er diese nach ihr gestaltet. Aber der Gehalt der Werte und damit der Gehalt der Vernunft ist unabhängig von dieser Darstellung im Wirklichen. Er besteht rein in ihrer Geltung, ist also objektiv. Die subjektive Vernunft kommt im Bewußtsein jener Werte und in ihrer Verwirklichung durch den Einzelnen zum Ausdruck. Diese geistige Tätigkeit ist das, was man gewöhnlich mit dem Worte „Vernunft" bezeichnet. Sie steht im Gegensatze zum „Verstand", insofern sie nicht bloß auf Erkenntnis, auf bloße Apperzeption gerichtet ist, sondern darüber hinaus auf den universellen Zusammenhang aller Erkenntnisse und auf zweckvolle Betätigung innerhalb dieses Zusammenhanges.

haben. Das ist mehr als eine bloße Gleichheit menschlicher Erkenntnistätigkeit, wie sie durch die Funktion der Sinnesorgane und des Verstandes bewirkt wird, das bedeutet das Bestehen eines einheitlichen, universellen Zusammenhanges der Dinge dieser Welt und die Einsicht, daß der individuelle Wille der Idee dieses Zusammenhanges entsprechen soll. Damit ist über die bloße Gleichartigkeit seelischer und geistiger Beschaffenheit eine Gemeinschaft aller Menschen begründet. Man erkennt im gesprochenen Wort des anderen den eigenen Gedanken, es schwingt in der Musik des fremden Komponisten das eigene Gefühl[344]), ein Pfarrer spricht seinen Hörern aus der Seele, im Auge der Geliebten schaut man sein eigen Bild. So spürt man im Leben des Mitmenschen ein Stück eigenes Leben. Man achtet ihn deshalb auch als Person, als ein „Ich". Die Um- und Außenwelt aber, die in tausend Erscheinungen an den Einzelnen herantritt, bleibt ihm nicht „Objekt", nicht feindliches Gegenüber, mit dem er im Kampf ums Dasein fertig werden muß, sie weitet sich vielmehr zu einer Innenwelt, die sich mit seiner Innenwelt austauscht.

Unsere Erkenntnis vom Wesen der Geschichte kann dieser Auffassung nur eine weitere Stütze geben; denn Geschichte ist für uns nur möglich unter der Voraussetzung, daß die objektive Wirklichkeit nicht das schlechthin Geistlose ist, das durch das Subjekt erst Geist empfangen muß, das das Subjekt nur so beurteilt, als ob in ihm der Geist wirksam wäre, sondern, daß sie ihren eigenen Geist in sich trägt.

Wie schon angedeutet wurde, beruht diese allgemeine Vernunftgemeinschaft auf dem Gegebensein einer übersubjektiven Instanz, dem Absoluten und Ewigen, der transzendenten Vernunft. Sie ist gemeinsame Grundlage aller Wirklichkeit, des Subjektes wie des Objektes, das schlechthin Unbedingte und alles Bedingende, das sich in Subjekt und Objekt auseinanderlegt und in dem subjektiven Bewußtsein sich dieser beiden Seiten des Seins selbst bewußt wird. Jene Welt des Absoluten und Ewigen, die wie ein ruhiges Licht über dieser Welt steht, vom Menschen erschaut wird, und schließlich der Richtpunkt seines Wollens und Handelns ist oder doch sein sollte, wurde von bedeutenden Männern als ihr größtes Erlebnis empfunden. Nicht alle aber haben davon unter dem gleichen Namen gesprochen. Luther beschreibt es unter dem Namen „Glauben", Kant unter dem Namen „praktische Vernunft". Der Glaube ist nach Luthers Ansicht ein tätiges und mächtiges Ding, das wir uns nicht anschaffen können, das vielmehr als Gnade über uns kommen muß. Es wirke in uns und schaffe uns von sich aus in neue

[344]) Kant spricht in der „Kritik der Urteilskraft" in den §§ 38 bis 40 von einem „sensus communis aestheticus" als einer die Menschen verbindenden Gesetzlichkeit des ästhetischen Urteils.

Menschen um. Ähnlich hat Kant die „praktische Vernunft" gekennzeichnet. Sie sei die ungeborene sittliche Welt in uns, die Fleisch und Blut werden will, die als absolutes Gesetz über uns befiehlt und dadurch aus „Hörige der Natur" Menschen der Freiheit macht. Freilich war diese Gemeinvernunft von Kant zunächst in der Hauptsache psychologisch gedacht worden. Nicht ein Stück Ewigkeit in uns versteht er darunter, sondern einen Teil des eigenen Wesens, eine bestimmte seelische Funktion, der alle anderen untergeordnet sind[345]). Mit dieser Auffassung bewegt er sich noch in den Bahnen der naturwissenschaftlich, insbesondere psychologisch orientierten Aufklärung. Erst Fichte hat sich vollends aus ihnen entfernt. Er sieht das Handeln, in dem Ewigkeitsantriebe wirken, wieder ähnlich wie Luther an. Wie es Luther auf den Glauben bezieht, der eine Kraft Gottes sei, die den ganzen Menschen ergreife, so bezieht es Fichte auf die „Idee". „Wo sich die Idee als ein eigentümliches selbständiges Leben darstellt", so schreibt er, „da geht der niedere Grad des Lebens, das Endliche völlig in ihr auf und wird in ihr verschlungen und verzehrt. Die Liebe dieses niederen Lebens zu sich selber und sein Interesse an sich selber ist vernichtet". „Die Idee selbst", heißt es weiter, „ist es, welche durch eigene Kraft in dem Menschen ein selbständiges und persönliches Leben sich verschafft, in diesem selbständigen Leben sich fortdauernd erhält und vermittels desselben die Welt außer diesem persönlichen Leben nach sich gestaltet. Der natürliche Mensch vermag sich nicht durch eigene Kraft zum Übersinnlichen zu erheben. Er muß durch die Kraft des Übersinnlichen selbst dazu erhoben werden"[346]).

Diese Auffassung haben auch wir uns zu eigen gemacht.

Über allem Wirklichen sehen wir die Ideen, die ewigen und unveränderlichen Urbilder der Dinge. Sie bestehen in ihrer Geltung zwar für sich, besitzen also Geltung im objektiven Sinne; ihre Eigenart erschöpft sich aber nicht in einem erhabenen Fürsichsein. Als Werte stehen sie in enger Beziehung mit allem Wirklichen[347]). Sie sind objektiv, aber subjektbezogen; insofern sie sich der Wirklichkeit in der Form des wirklichen Subjektes als Aufgaben stellen[348]). Als solche sind die Ideen überweltlichen Lichtern vergleichbar, die ruhig vor uns stehen, uns aber in Bewegung setzen und so unser Handeln und Schaffen in der objektiven Wirklichkeit bedingen.

Diese regulative Funktion der Ideen gibt uns das Recht, das Subjekt, das Ich in Zusammenhang mit diesen Ideen zu denken. Beruht doch seine Möglichkeit darauf, daß es die Stim-

[345]) Insbesondere der Verstand.
[346]) Fichte, Grundzüge des gegenwärtigen Zeitalters.
[347]) Vergl. Binder, Rechtsphilosophie, S. 108 ff.
[348]) Aber ihre Geltung bleibt davon unberührt, ob ein Subjekt die ihm im Wertgehalt gewiesene Aufgabe erfüllt oder nicht.

me der Vernunft in sich vernimmt und ihre kategorischen Forderungen zum klar bewußten Bestimmungsgrund seines Handelns macht[349]).

Wir glauben nicht, daß der Mensch durch eine überindividuelle Bindung dieser Art seine Persönlichkeit, sein „Ich" aufgibt. Wir glauben vielmehr, daß der Mensch sein „Ich" erst darin findet. Gewiß, seine Hingabe an die Ideen kann sein Dasein, das in biologischer Bezogenheit stecken geblieben ist, beeinträchtigen, vielleicht sogar zerstören. Dafür aber bringt sie ein Anderes und Höheres in ihm zur Entstehung, sein Wertsein. Es ist so, als wenn er ein neues Leben aus den Ideen gewönne[350]). Mit der Hingabe an sie lebt er nicht mehr aus sich selber, er wird gelebt. Und das nur darum, weil damit Aufgaben vor seine Seele treten, die, im Zusammenhange des täglichen Lebens geboren, ihm zurufen: „Handle, handle" und für die er sich mit schöpferischen Kräften erfüllt fühlt. Ein Wertgehalt leuchtet in ihnen auf, der mit Leben gesättigt sein will. Wenn ihn nun der Mensch mit seinem Leben sättigt, dann treten alle seine Einzelhandlungen, sein Tun und Lassen in unmittelbaren Zusammenhang mit der Unendlichkeit der sittlichen Welt, dann wächst er selber zu wahrem Sein und wahrem Wert, dem Werte, den wir Deutschen „Persönlichkeit" nennen[351]). Alles andere aber in ihm, was nicht in diesen allgemeinen Vernunftzusammenhang eingespannt ist, ist Willkür und Zufall. Es ist vielleicht vom Standpunkt der naturwissenschaftlichen Biologie aus beachtlich, nicht aber geeignet, Gegenstand einer auf das Geistesleben gerichteten Untersuchung zu sein[352])[353]).

*

[349]) Vergl. den Aufsatz Binders in Logos X, S. 300 ff. „Fichte und die Nation".

[350]) Diese Auffassung kommt in dem bekannten Bibelworte zum Ausdruck:

„Wer sein Leben findet, der wird es verlieren; und wer sein Leben verliert um meinetwillen, der wird es finden." Matth. 10. 39.

[351]) Vergl. dazu die Abhandlung Schellings „Vom Ich als Prinzip der Philosophie".

[352]) Über den Gegensatz von biologischem und Geistesleben vergl. Bruno Bauch, Wahrheit, Wert und Wirklichkeit, S. 512 ff.

[353]) Beiläufig sei bemerkt, daß sich im Lichte des Idealismus nicht nur ein neuer Mensch zeigt; es zeigt sich eine ganz neue Welt.

Die Ideen haben nicht nur eine regulative Funktion, sie sind zugleich konstituierende Prinzipien einer Wirklichkeit, der Kulturwirklichkeit. Wie wir oben schon mehrmals bemerkt haben, ist sich die Menschheit nicht nur der kategorischen Forderungen bewußt, welche die Ideen an sie stellen, sie handelt und schafft, sie lebt auch danach. Dieses Leben nach Vernunft, das die Freiheit sinngemäß voraussetzt, begründet nun eine Wirklichkeit, eine eigene Welt. Dieser sind die Ideen in ihrer Unpersönlichkeit zwar nicht immanent, sie bedingen sie aber doch und zwar dadurch, daß sie sich auf dem Umwege über den subjektiven Geist hier zur Geltung bringen. So ermöglicht das im Bewußtsein der Menschen wurzelnde Sittengesetz eine sittliche Welt, die Einsicht in die Forderungen der Rechtsidee eine Rechtswelt, die Hingabe an die Idee des Schönen die Welt der Kunst und so fort.

Es würde uns weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausführen, wenn wir die hier angedeutete Weltanschauung, die wir für eine wesentlich deutsche Weltanschauung halten[354]), durch Eingehen auf ihre metaphysischen Voraussetzungen eingehender darzulegen und zu begründen suchen würden. Das ist — in freilich verschiedener Weise — bereits in den philosophischen Schriften Kants, Fichtes, Schellings und Hegels geschehen. Wir müssen uns auf diese Feststellungen beschränken und uns nun fragen, welche Folgen die veränderte Auffassung vom Subjekte für die Erfassung des Wesens der Rechtsordnung, des freien Ermessens und des Verhältnisses beider hat.

Wir haben festgestellt, daß der wesentlich naturwissenschaftlich eingestellte Liberalismus den empirischen Menschen nur in seiner biologischen Geschöpflichkeit kannte[355]). Im Lichte dieser Betrachtungsweise aber zeigt sich der Mensch als ein starkes und gefährliches Tier, das sich aus dem Gefühl der Selbstbetonung und Selbstbehauptung heraus eine Herrschaft über alle Dinge zu verschaffen trachtet[356]). Diesem absoluten Herrschenwollen des Einzelnen setzte man das Recht (Gesetz) als eine selbständige Macht entgegen, um zu verhindern, daß das Wertvolle im natürlichen Menschen, das, was in ihm an allgemeinen Fähigkeiten zum Sittlichen ruht, im Kampfe aller gegen alle vernichtet und zerstört würde. Mit der Aufgabe, dem natürlichen Egoismus seine Gefährlichkeit zu nehmen, tritt auch das Recht zwangsläufig in die Sphäre des „Fürsichseins". Wie ein gewissenhafter Wachtposten lehnt es jede Gemeinschaft mit denen ab, die seinen Anordnungen und Befehlen unterworfen sind. Es zeigt sich ihnen lediglich als eine gegensätzliche Willensmacht.

Wenn nun der einzelne Mensch aus der Zwangslage seiner Isolierung, in die ihn der Liberalismus versetzt hatte, befreit wird und als Subjekt, als „Ich" eben gerade kraft seiner Mitgliedschaft am Ganzen angesehen wird, dann ist sofort eine andere Auffas-

---

354) Heute fordert man, daß das Recht, die Kunst, die Religion, die Staatsführung, die Wirtschaft den Stempel unseres Blutes tragen soll, ganz in Deutschheit getaucht sein soll. Darin, daß man dies alles fordert, meint man schon „deutsche Weltanschauung" zu besitzen. Damit aber verlegt man die „Weltanschauung" ins Biologische und verfällt so — ungewollt natürlich — dem gallischen Naturalismus der Aufklärungszeit. Wir sehen die typisch deutsche Weltanschauung nicht in solchen Erwartungen, sondern in der Tatsache der deutschen Metaphysik beschlossen, der deutschen Metaphysik, die nicht erst seit heute und gestern, sondern bereits vor dem 30jährigen Kriege von Meister Ekkehard, Nikolaus von Cues und Jakob Böhme begründet wurde. In ihr pulst in Wahrheit nordisches Blut. —

355) Dagegen kann man nicht einwenden, daß das Individuum als Inbegriff der Fähigkeit zum Sittlichen doch etwas durchaus Geistiges gewesen sei. Wir haben bereits des öfteren festgestellt, daß das rechtsphilosophische „Individuum" sich nicht mit dem Begriff des natürlichen, individuellen Einzelmenschen deckt.

Vergl. oben S. 100 und S. 103 f.

356) Vergl. Bruno Bauch, Wahrheit, Wert und Wirklichkeit S. 501/515.

sung vom Rechte und damit ein grundlegend anderes Verhältnis von Recht und Einzelmensch gegeben.

Wir haben dargetan, daß der Einzelne eine Persönlichkeit, ein „Ich" nur durch jenen lebendigen Strom von Vernunft ist, der durch die Menschen und Völker flutet und alles zu einer Einheit verbindet. Der Mensch war also nicht v o r dem Ganzen da, sondern nur m i t ihm und durch es und kann, wenn er seine eigene Persönlichkeit nicht verneinen will, sich nicht zum Ganzen in Gegensatz stellen, ihm widerstreben. Steht aber das Ganze und nicht der Einzelne im Mittelpunkte des menschlichen Lebens, so kann der Staat seinem Sinne nach nicht eine Zwangsorganisation zum Schutze des Einzelnen, sondern kann nur die notwendige Form des wirklich seienden Ganzen sein. Und das Recht, das diesem Staate Gestalt gibt, indem es ihn aus einem bloßen Aggregat in einen Organismus verwandelt, ist allein mit dieser Aufgabe ohne Rücksicht auf sonstige Leistungen für den Einzelnen objektiv begründet und gerechtfertigt.

Nun sollte man nicht meinen, daß aus dieser neuen Auffassung vom Rechte eine Feindschaft zwischen dem Gesetzeswillen und dem Willen des Einzelnen entspränge und zwar eine noch größere Feindschaft, als sie der Liberalismus anerkennen mußte. Das Gegenteil ist der Fall. Das Recht tritt dem Menschen hilfsbereit zur Seite. Ist der Mensch nur ein Stück der lebendigen Wirklichkeit des Ganzen, ist er als Persönlichkeit überhaupt nur die subjektive Erscheinung dieses Ganzen, so ist das Recht, wenn es die Gemeinschaft zu einer äußeren Einheit gestaltet, auch eine Bedingung s e i n e s Daseins[357]). Die Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft verlieren also ihre Persönlichkeit nicht, sie wird ihnen im Gegenteil durch die Gemeinschaft erst ermöglicht[358]).

---

[357]) Man sollte sich eigentlich wundern, daß das Recht trotz der Harmonie zwischen dem Einzelnen und der Gemeinschaft mit Zwangsgewalt gegen ihn vorgeht, ja, häufig genug seine Existenz überhaupt vernichtet. Das erklärt sich sofort, wenn man bedenkt, daß die Identität des Einzelwillens mit der Gemeinschaft, die in der Wirklichkeit des Staates in Erscheinung tritt, keine Naturnotwendigkeit, sondern das Postulat aus einer Idee ist. Darin liegt die Möglichkeit eines Widerstandes des Einzelnen gegen die Gemeinschaft begründet und damit die Möglichkeit der Verneinung seiner eigenen Persönlichkeit und seiner Würde. Seiner Aufgabe entsprechend wendet sich nun das Recht gegen s o l c h e Menschen, die ihre Berufung zur Persönlichkeit nicht empfinden und sich infolgedessen gegen die Gemeinschaft und die sie tragenden Rechtsgenossen stellen und fordert von ihnen unter Androhung staatl. Zwangsgewalt die Anerkennung der Persönlichkeit der Staatsbürger und der Gemeinschaft überhaupt.

„In der Endlichkeit und Nichtigkeit des sich mißverstehenden subjektiven Willens ist die Notwendigkeit des Zwanges der Rechtsgemeinschaft gegen ihn begründet."

(Binder, Rechtsphilosophie, S. 435.)

[358]) Vergl. Binder, Rechtsphilosophie, S. 433.

A. A. Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 83.

Er ist der Auffassung, daß die Rechtsanwendung eine Hingabe der Persönlichkeit an die Rechtsordnung erfordere.

Allein nicht nur das Recht, sondern auch das freie Ermessen gilt es, mit anderen Augen zu betrachten, als es die Aufklärung getan hatte.

Wie wir gesehen haben, war die Aufklärung und damit auch der auf ihrem Boden erwachsene Liberalismus wesentlich naturwissenschaftlich interessiert und orientiert. Sie beschäftigte sich mit Vorliebe mit der sinnlich gegebenen Natur und hatte eine gewisse Abneigung gegen eine übersinnliche Welt. Aus dieser Geisteshaltung heraus ist es verständlich, daß sie den Einzelmenschen lediglich sinnlich zu erfassen und verstandesmäßig zu begreifen[359]) suchte; aus dieser Geisteshaltung heraus ist es insbesondere verständlich, daß sie einen Begriff des freien Ermessens bildete, der eigentlich nur etwas über die naturwissenschaftliche, insbesondere psychologische Eigenart der von ihm bezeichneten Erscheinungen aussagte. Wenn nun aber seit Fichte der individuelle Mensch ebenso wie seine Welt über die bloße naturgesetzliche Gebundenheit hinaus als durch ein höheres Prinzip bedingt erscheint, das ihn wie alle anderen Menschen ermöglicht und ihn mit diesen zu einer Einheit verbindet, dann ist sofort eine andere Auffassung vom freien Ermessen gegeben.

Die unbestreitbare Tatsache, daß es sich in den Fällen freien Ermessens um typisch menschliche Lebensvorgänge handelt, um Lebensvorgänge also, wie sie im Tier- und Pflanzenleben nicht denkbar sind, zwingt zu dem Schlusse, daß es sich hier nicht um rein naturgesetzlich bedingte Phänomene handelt wie „Tobsuchtsanfall" und „Hysterie", sondern um ein Stück Wirklichkeit höheren Grades[360]), um menschliches Geistesleben.

Diese Feststellung findet im folgenden ihre nähere Begründung:

Das biologische Leben umfaßt schlechthin alles, was von Gesetzen des Allgemeinen bedingt ist, umfaßt mithin nicht nur das allgemeingesetzliche menschliche Leben, sondern das allgemeingesetzliche Leben überhaupt und damit auch das aller tierischen und pflanzlichen Lebewesen. In der Naturgesetzlichkeit seines Wesens ist also der Mensch nicht von Tier und Pflanze gesondert oder getrennt; er ist vielmehr mit ihnen in einem weitgespannten Gefüge vereint, das von den physikalisch-chemischen Gesetzen bis zu denen physiologisch-psychologischer Art bedingt ist[361]). Was nun den Menschen über Tier und Pflanze

[359]) Über den Bedeutungsgehalt des Wortes „begreifen" vergl. Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, S. 60.

[360]) Die Tatsache, daß viele Leute über die rein naturwissenschaftliche Betrachtung von Gegebenheiten nicht hinauskommen, die Welt des Geistes und der Bedeutungen also niemals erschauen, verleitet uns zu der Auffassung, daß es sich hier um eine synthetische Wirklichkeit höheren Grades handelt.

[361]) In diesem Sinne schreibt Bruno Bauch in Wahrheit usw. auf S. 501: „Biologisch würde auch der Übermensch immer noch Tier bleiben, wie biologisch der Mensch selber immer Tier bleibt."

erhebt, ist nicht sein Dasein, sondern sein Wertsein, ist nicht seine bloß naturgesetzlich bedingte Existenz, sondern seine „Bestimmung", wie Fichte sagt, oder, wie wir noch genauer sagen können, seine Bestimmung gerade als Person, als Persönlichkeit. Sie ist der Inbegriff von Aufgaben im Sinne des Geisteslebens als Aufgabeganzes. Da dieses zu seiner Darstellung den Menschen als ein auf Werte und Aufgaben in bewußtem Willen sich beziehendes Subjekt erfordert, so kann es im Tier- und Pflanzenleben nicht gegeben sein. Wenn unserer Auffassung nach die Fälle freien Ermessens jene Eigentümlichkeit zeigen, in der sich der Mensch von anderen Lebewesen unterscheidet, dann können sie sich also nicht auf eine Wirklichkeit beschränken, die unter den allgemeinen Gesetzen der Notwendigkeit und Gleichförmigkeit steht, und die wir „Natur" nennen[362]), sondern müssen vorzüglich jener Welt angehören, die in der unübersehbaren Fülle dieses Lebens gerade den Ausschnitt in sich begreift, der durch seine Beziehung auf allgemeine Werte, auf Ideen bestimmt ist, jener Welt des Sinnerfüllten und Bedeutsamen, jener Welt menschlichen Geisteslebens und menschlicher Kultur[363]).

Diese grundsätzliche Bestimmung des Standortes der Ermessensfälle innerhalb der umfassenden Wirklichkeit des Lebens hat im einzelnen folgende Konsequenzen:

Das Geistesleben wird bekanntlich dadurch ermöglicht, daß an die Stelle des Naturzustandes, wo das Fürsichsein des Menschen seine Richtigkeit hat, der Kulturzustand tritt, in dem sich der Einzelne mit der Gemeinschaft identisch weiß. Ist nun das freie Ermessen ein Stück jenes Geisteslebens, so kann nicht der für-sich-seiende, rein subjektive Wille hinter den Ermessensfällen stehen, sondern ein mehr oder weniger klares Bewußtsein der Teilhaberschaft am Ganzen. Wir haben bemerkt, daß diese Teilhaberschaft durch einen lebendigen Strom von Vernunft ermöglicht wird, der den einen empirischen Menschen ebenso wie den anderen durchflutet und ihn mit diesem zu einer Einheit verbindet. Aus dieser Erkenntnis folgt, daß das freie Ermessen nicht irrational, sondern rational, nicht Willkür, sondern Vernunft ist oder — besser gesagt — sein soll. Aus dieser Erkenntnis folgt weiterhin, daß das freie Ermessen nicht allein im Subjekte begründet ist und somit zu allem Objektiven in einem natür-

[362]) Das menschliche Leben stellt sich in seiner äußeren Erscheinung ganz allgemein als eine animalische Funktion psycho-physischer Organismen dar. In diesem Sinne kommt es natürlich auch für das freie Ermessen in Betracht, insofern nämlich, als sich die Vernunft dieser Gegebenheit bedient und ihr seinen Wert gibt. Sie ist es aber nicht. Daher ist sowohl die Physiologie wie die Psychologie ungeeignet, das Wesen des freien Ermessens zu erfassen.

Das Gleiche gilt für das Recht (vergl. oben S. 77), die Ethik usw.

[363]) Wir werden hier an das bekannte Wort Keyserlings erinnert: „Was den Menschen wesentlich macht, ist nicht das, was er tut, sondern in welchem Geiste er es tut und wie".

lichen Gegensatze steht, möge das nun die Objektivität der Außenwelt ganz allgemein oder die Objektivität des Rechtes, die Objektivität des Sittengesetzes, die objektive Gültigkeit des ästhetischen Urteils im besonderen sein[364]). Es nimmt vielmehr am Objektiven und Absoluten, das sich im Leben entfaltet, ebenso teil wie alle die oben genannten Erscheinungen. Auch wo der Mensch nach freiem Ermessen handeln darf, darf er nicht nach freiem Belieben vorgehen, sondern soll in seinem Verhalten jenem allgemeinen überpersönlichen Vernunftzusammenhange entsprechen, der die Dinge und Vorgänge dieses Lebens zu einer sinnvollen Einheit, zu einer eigenen Welt zusammenschließt[365]). Damit ist aber sein Handeln Gesetzen nicht entrückt, sondern gerade Gesetzen unterworfen und zwar jenen unformulierbaren Gesetzen, die in den kategorialen Aufgaben der Ideen gegeben sind. Es kommt also in den Ermessensfällen gerade so wie bei allen anderen Gegebenheiten menschlichen Geisteslebens darauf an, in welchem Maße der zum Handeln berufene Mensch diese kategorialen Aufgaben versteht und aufnimmt, in welchem Maße in ihm die Stimme der Vernunft lebendig ist und er sich als wirkliches Glied der Gemeinschaft erweist. Und insofern hat dann auch das Handeln nach freiem Ermessen seinen Sinn und seine Berechtigung. Nicht der dahinter stehende Wille in seiner animalen Vitalität kann sie ihm verleihen, sondern der Umstand, daß dieser Wille zurückgeführt werden kann auf die kategorischen Forderungen irgendwelcher Ideen, die in der Vernunft wirklich sind und dem individuellen Leben ganz allgemein seinen Sinn und Inhalt geben.

Mit diesen Feststellungen wird das freie Ermessen von seiner eigentlichen Wurzel — der menschlichen Freiheit — keineswegs getrennt. Vorausgesetzt, daß man den Begriff der „Freiheit" richtig, d. h. in anderer Weise auffaßt, als es die gedankenlose Menge tut. Ziel des starken Freiheitsdranges, der jedem Menschen, insbesondere dem deutschen Menschen innewohnt, ist nicht die Erreichung einer schrankenlosen Losgebundenheit, in der seine Seele nur verarmt, weil kein Reichtum in ihr zur Entbindung gebracht wird; sein Ziel kommt vielmehr in dem geheimen Wunsche des Menschen zum Ausdruck, sein volles Selbst zu er-

[364]) Der Gegensatz von Subjekt und Objekt, von Innen- und Außenwelt ist an sich weder physiologisch noch auch psychologisch oder erkenntnistheoretisch in aller Schärfe aufrecht zu erhalten. Immerhin hat er eine gewisse Berechtigung in der Welt des äußeren Seins, in der wertfremden, wertblinden, ideenlosen Wirklichkeit (Natur). Hier gibt es in der Tat nur einzelne Objekte, auch nur einzelne Menschen; von Gemeinschaft ist keine Rede, weil diese, wenn sie schon Wirklichkeit ist, doch immer eine Idee zur Voraussetzung hat.

Vergl. oben S. 103.

[365]) Wir haben uns hier die Lehre Hegels, insbesondere die Annahme eines im Recht, in der Moral, Sittlichkeit, Gesellschaft und im Staate verkörperten objektiven Geistes zu eigen gemacht.

Vergl. H. Freyer, Theorie des objektiven Geistes, 2. Aufl. 1928.

reichen, zum Wesensgemäßen zu kommen, Persönlichkeit zu werden. Das kann er aber nicht bei Verringerung, sondern bei Steigerung seiner Aufgaben, das kann er nicht gegen die Gemeinschaft, sondern nur durch die Gemeinschaft, nicht wider die Vernunft, sondern nur unter Berücksichtigung der kategorischen Forderungen der Ideen, die in der Vernunft wirksam sind[366]).

Es zeigt sich also, daß der Begriff eines naturgegebenen, lediglich subjektiv bedingten, ungebundenen und irrationalen „Ermessens" undenkbar ist. Die mit dem Worte freies Ermessen bezeichneten Erscheinungen sind ein Teil des menschlichen Geisteslebens, als solcher an objektive Maßstäbe gebunden und deshalb vernünftig. Die Merkmale des Ermessensbegriffes sind dementsprechend: Kulturzugehörigkeit, Objektivität, Gebundenheit und Vernünftigkeit. In dieser Wesensart ist das Ermessen in Wahrheit ein „freies"; denn „Freiheit" ist nicht die Abhängigkeit des Willens von der Nötigung durch den Antrieb der Sinnlichkeit, Freiheit ist vielmehr — nach Kants Worten — die Kausalität der Vernunft in Bestimmung des Willens, wobei Ideen wirkende Ursachen werden.

Nachdem wir über die Eigenart der Rechtsordnung und des freien Ermessens Klarheit gewonnen haben, sind wir in der Lage, ihr beiderseitiges Verhältnis festzustellen.

Wir sahen in Recht und Staat nicht eine Zwangsorganisation zum Schutze der Freiheit[367]) des Einzelnen, sondern die äußere Form des wirklich seienden Ganzen[368]). Da dieses Ganze die

[366]) Über das Wesen der Freiheit spricht sich ganz in unserem Sinne Friedrich Nietzsche aus:

„Frei nennst Du Dich? Deinen herrschenden Gedanken will ich hören und nicht, daß Du einem Joche entronnen bist. Bist Du ein solcher, der einem Joche entrinnen durfte? Es gibt manchen, der seinen letzten Wert wegwarf, als er seine Dienstbarkeit wegwarf. Frei wovon? Was schiert das Zarathustra! Hell soll mir Dein Auge künden: frei wozu? Kannst Du Dir selber Dein Gutes und Dein Böses geben und Deinen Willen über Dich aufhängen wie ein Gesetz? Kannst Du Dir selber Richter sein und Rächer Deines Gesetzes?"

(Nietzsche, Zarathustra, Vom Wege der Schaffenden; Volks-Nietzsche III. Bd., S. 81.)

Über den Freiheitsbegriff vergl. weiterhin Othmar Spann, Der wahre Staat 1931.

„Nach universalistischer Auffassung ist Freiheit nicht das Gegenteil von Zwang, sondern nur das Gegenteil von geistiger Isolierung. Fürsichsein ist geistiger Tod, ist Verarmung. Positiv ist die Freiheit nicht, das zu tun, was ich will, sondern: zu tun, was fruchtbare Gemeinschaft fordert — was ich soll. Dieses „Soll" aber ist (universalistisch gedacht) in der vollkommenen Gemeinschaft sowohl vom Standpunkt des Ganzen wie des Ichs das gleiche" (a. a. O. S. 41).

Vergl. dazu den Ausspruch Hegels: „Die höchste Gemeinschaft ist die höchste Freiheit" zitiert in: Franz Rosenzweig, Hegel und der Staat I. Bd., S. 116.

[367]) Freiheit im Sinne der Fähigkeit zum Sittlichen.

[368]) Wir verhalten uns nicht nur so „als ob" wir in einer Gemeinschaft des Geistes lebten (Vaihinger). Wir leben tatsächlich darin. Könnte man andernfalls von Menschheit und Kultur reden?

Wirklichkeit der Vernunft ist, so ist Recht und Staat damit objektiv begründet und gerechtfertigt, ohne daß man weiter festzustellen hätte, was es darüber hinaus für den einzelnen Menschen leiste. Infolgedessen müssen alle Zwecke, die die Rechtsordnung ihrem Wesen nach überhaupt anerkennen kann, soziale Zwecke sein. Und so kann auch der einzelne Mensch nur als Organ der Gemeinschaft ihr Zweck und Ziel (Subjekt[369]) sein. Wenn nun das Recht dem Willen des einzelnen Menschen in den Fällen freien Ermessens eine bestimmte Sphäre freier Betätigung einräumt, so geschieht das also nicht, weil der Mensch ein psychophysischer Organismus ist, der so und der auch anders wollen kann, sondern es geschieht, weil der Mensch der Träger eines selbständigen Willens ist und eines Selbstbewußtseins, das seinen Sinn als Bewußtsein von der Überindividualität des Wertes hat, den es repräsentiert, von der Bedingtheit seiner selbst durch die Gemeinschaft, in die es eingebettet ist. Deshalb bedeutet die Einräumung einer Willensmacht an das einzelne Subjekt nicht die Anerkennung seiner Willkür, sondern sie ist ein sozialer Vertrauensakt, der den Menschen als Persönlichkeit ehrt, weil er ihn als freies, d. h. vernünftiges, seiner sozialen Bedingtheit, seiner Göttlichkeit bewußtes Wesen zur Voraussetzung hat.

Im Verhältnis zwischen dem Recht und dem freien Ermessen kommt also keine Gegnerschaft zum Ausdruck, sondern gerade umgekehrt ein Vertrauen, das Vertrauen des Rechtes darauf, daß der Mensch die ihm belassene Entschlußfreiheit nicht als „freie Willkür" hinnehme, sondern seinem Wesen entsprechend ein Amt darin erblicke, dessen Ausübung eine soziale und darum auch sittliche Aufgabe ist.

2. Feststellung des Begriffsinhaltes freien Ermessens.

Nach dieser allgemeinen Richtigstellung wollen wir versuchen, den gemeinsamen Inhalt aller Ermessensfälle näher zu bestimmen.

Wir haben in unserer bisherigen Erörterung nicht nur vorausgesetzt, sondern wohl auch mit Gründen belegt, daß das freie Ermessen seine Stelle im menschlichen Geistesleben hat und damit außerhalb des Bereiches der Natur steht. Ohne darüber noch weitere Worte zu verlieren, wollen wir uns jetzt die Frage stellen: Vorausgesetzt, daß das freie Ermessen nicht in die wertfremde Welt des biologischen Lebens, sondern in die wertbezogene, werterfüllte Welt des Geisteslebens gehört, wie ist seine Stelle innerhalb dieser Geisteswelt zu bestimmen?

[369]) „Subjekt" ist hier im ethischen Sinne gebraucht. Es bezeichnet den Menschen als Träger einer Würde, die es verbietet, ihn als bloßes Mittel zu betrachten. Im Gegensatz dazu ist „Objekt" im Sinne der Ethik das, was bloß Mittel für fremde Zwecke ist, was keinen Wert an und für sich, sondern nur für andere hat.

a) Das freie Ermessen ein Handeln.

Das menschliche Geistesleben, um dessen Einheit wir uns bemüht haben, zeigt sich dem ersten Blicke in einer Vielheit von Erscheinungen. Wir sehen es im Ringen des Philosophen und Wissenschaftlers um Erkenntnis und Wahrheit, aber auch im unbewußten Spiel des Kindes und in den zweckmäßigen Hantierungen der Hausfrau, wir erleben es ferner im rechtlichen Neuschaffen des Gesetzgebers, im Sturm und Drang der Revolutionen, wir bewundern es endlich im stillen Gestalten des Künstlers ebenso wie im selbstherrlichen Wollen des Staatsmannes und Politikers. Diese vielgestaltigen Lebensformen, die aber alle auf ein und dieselbe Wesenheit zurückführbar sind, lassen sich in drei Hauptgruppen zusammenfassen. So tritt in einem Teile von ihnen menschliches Streben nach Erkenntnis und Wissen in die Erscheinung, das, so verschieden seine Formen in Wissenschaft und Philosophie auch sein mögen, im letzten Grunde immer nur eines ist. Ist es doch derselbe Geist, der diese Welt begreifen will, indem er sie sich erbaut, und der sich zugleich dessen versichern will, sie begriffen zu haben. Von dem bloßen „Erkennen" heben sich als weitere Funktionen des menschlichen Geistes der Drang, in der — gleichviel mit welcher Vollkommenheit erkannten — Welt zu „handeln" und zu „gestalten"[370]) ab. Entfaltet sich der erste vornehmlich im sittlichen Verhalten eines Menschen, so begegnen wir dem letzteren bereits in dem naiven Spieltrieb des Kindes, fernerhin im zweckmäßigen Gestalten des Handwerkers, in seiner höchsten Vollendung aber im künstlerischen Schaffen. Dieser funktionellen Differenzierung des einheitlichen menschlichen Geistes, die wir freilich hier nur andeuten, nicht eigentlich ausführen und begründen können, entspricht die überkommene Trias letzter Werte, des logischen, ethischen und des ästhetischen Wertes, der Ideale des Wahren, Guten und Schönen[371]).

Es leuchtet ohne weiteres ein, daß der Mensch in den Fällen freien Ermessens sich nicht darauf beschränkt, etwas zu erkennen, so wie wir es beispielsweise in dieser Abhandlung tun, aber auch nicht nach Formen und Gestalten strebt wie der Techniker und Künstler, sondern nach bestimmten Prinzipien handelt, genauer gesagt, in der objektiven Welt das von bestimmten Ideen geforderte Geschehen herbeiführt. Im freien Ermessen entfaltet sich nicht der theoretische oder der poietische Geist im Sinne der aristotelischen Dreiteilung, sondern allein der prak-

[370]) Dem entspricht die aristotelische Einteilung der Philosophie in θεωρητική, πρακτική und ποιητική, Metaphysik VI, 1.

[371]) Diese Feststellung deutet darauf hin, daß eine Wechselbeziehung zwischen der Norm und ihrem Kulturgebiet besteht. Es hat keinen Sinn, eine mathematische Formel „tugendhaft", einen Akt der Gesetzgebung „schön" zu nennen. In den Fällen, wo das doch geschieht, wird das betreffende Eigenschaftswort in übertragenem Sinne gebraucht.

tische Geist. Dementsprechend haben sich alle weiteren Untersuchungen, die zur Feststellung des Ermessensbegriffes angestellt werden, auf die Erscheinungsformen des praktischen Geistes zu beschränken und die besonderen Verhältnisse auf den Gebieten der Kunst und Wissenschaft, Poiesie und Theorie, unberücksichtigt zu lassen.

Wenn man im menschlichen Geistesleben ein Erkennen, Handeln und Gestalten unterscheidet, dann sieht man sich schließlich zu dieser Feststellung genötigt. Oder ist es etwa praktisch brauchbar und theoretisch haltbar, aus dem unlösbaren Gemisch erkennender und schöpferischer, reproduktiver und produktiver, wissenschaftlicher und vorwissenschaftlicher, objektiver und subjektiver Elemente, das nun einmal jeder Erkenntnisvorgang bildet, die schöpferischen Elemente auszuscheiden und einem Begriff des freien Ermessens zu unterstellen, die eigentlich problematischen Fälle scheinbar willkürlichen menschlichen H a n d e l n s hingegen außer Betracht zu lassen? Sicherlich nicht. Die weitere Möglichkeit aber, das Gestalten und Bilden, das technische und künstlerische Schaffen in irgendeinem Umfange mit der Ermessensausübung zu identifizieren, ist zu abwegig, als daß man sie überhaupt ernstlich in Erwägung ziehen könnte. — Wenn man jedoch eine Unterscheidung der drei Arten menschlichen Geisteslebens nicht trifft, weil man sie vielleicht nicht kennt und fühlt, oder, weil man ihr in diesem Zusammenhange keine besondere Bedeutung beilegt, dann kommt man natürlich nicht so ohne weiteres dazu, den Begriff „freien Ermessens" auf das menschliche Handeln zu beschränken; man gerät dann aber in Schwierigkeiten mannigfacher Art.

Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden:

Entweder hält man ein freies Ermessen — gleichgültig, ob man nun etwas von der Dreiteilung weiß oder nicht — in allen oder wenigstens mehreren Teilen des Kulturlebens gleichmäßig für gegeben. Ganz abgesehen davon, daß es höchst zweifelhaft ist, ob eine typische Gleichheit so verschiedenartiger Vorgänge[372]) überhaupt feststellbar wäre, müßte in einem solchen Falle der aufzustellende Begriff freien Ermessens jedenfalls so allgemein gefaßt und deshalb so inhaltsarm sein, daß man sich, trotz aller Aufmerksamkeit, nichts mehr dabei denken könnte. Damit wäre aber der wissenschaftlichen Diskussion des Ermessensproblems jeder feste Boden entzogen. Oder man sucht und findet ein freies Ermessen zwar nur in e i n e m Teile menschlichen Geisteslebens — eben im Wollen und Handeln — weiß aber nichts von seiner Eigenart und berücksichtigt sie deshalb auch nicht bei der Begriffsbildung freien Ermessens. Hier gerät man dann wegen der mangelnden Präzision, mit der man die

[372]) Ein „produktives" Erkennen ist beispielsweise etwas ganz anderes als ein „produktives" Handeln oder Gestalten.

Fälle freien Ermessens in der ungeschiedenen Fülle menschlicher Lebensformen zu begreifen sucht, in eine wissenschaftlich bedenkliche Unsicherheit hinein. Es ist offenbar, daß bei dieser Sachlage grundsätzlichen Irrtümern Tür und Tor geöffnet ist

Die Richtigkeit dieser Feststellungen bestätigt uns schon ein flüchtiger Blick auf die modernen Lehrmeinungen vom freien Ermessen.

Aus einer im freien Ermessen ergangenen Rechtsentscheidung bei Vorliegen von Gesetzeslücken oder unbestimmten Begriffen wird im unmerklichen Übergange ein freies Ermessen bei der Rechtssetzung (Festsetzung des rechtlichen Obersatzes) in den betreffenden Fällen, das dann schließlich in eine besonders freie Art der Rechtserkenntnis (Rechtsfindung) umgedeutet wird. So besteht beispielsweise nach Reichel das Ermessen darin, eine Entscheidung nach der „Natur der Sache" zu treffen[373]). Die sogenannte Freirechtsschule sah das Ermessen des Richters in der Aufstellung von Regeln freien Rechtes[374]). Auch Stammler sieht das Merkmal „richterlichen Ermessens" in dem selbsttätigen Auswählen des grundsätzlich richtigen Obersatzes[375]), glaubt aber, daß diese Wahl das Ergebnis des Suchens und Findens einer richtigen Fallentscheidung ist[376]). Bernatzik sieht ein freies Ermessen in der Besonderheit des geistigen Vorganges, vermöge dessen auf das Vorhandensein gewisser im Gesetz aufgestellter Kategorien geschlossen wird[377]). Nach Jellinek endlich ist ein freies Ermessen so viel wie „Freiheit in der Begriffsbildung" und zwar insbesondere die Abgrenzung der Begriffe „gut" und „böse"[378]). Für eine völlige Verkennung der Eigenart rechtswissenschaftlicher Begriffsbildung spricht es dann aber, wenn er diese Feststellung mit dem Hinweise zu begründen sucht, daß doch die „rein erkennende Betrachtung" der äußeren und geistigen Welt nicht an der gleichen Unsicherheit leide wie die „bewertende". — Demgegenüber neigen die neueren Schriftsteller wieder mehr dazu, ein Gegebensein freien Ermessens bei der eigentlichen Rechtsentscheidung zu betonen, ohne jedoch das Wesen der Entscheidungstätigkeit des Richters oder Verwaltungsbeamten besser und genauer begriffen zu haben als ihre Vorgänger. Nach Ansicht der Heilbron bedeutet Ermessen zunächst nichts weiter als „Urteilsfindung"[379]). Unter dieser „Urteilsfindung" wird einmal der zur Rechtserkenntnis führende geistige Prozeß und zum anderen der zur Entscheidung

[373]) Gesetz und Richterspruch S. 105 flg.
[374]) Vergl. Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie.
[375]) Rechtsphilosophie S. 204.
[376]) Rechtsphilosophie S. 13.
[377]) Rechtsprechung und materielle Rechtskraft § 4.
[378]) Gesetz und Zweckmäßigkeitserwägungen S. 36.
[379]) Vergl. „Freies pflichtmäßiges Ermessen des Richters" § 2.

führende Willensakt verstanden. Die notwendige Konsequenz dieser völlig unberechtigten Gleichsetzung ist die Aufspaltung des Ermessensbegriffes in „gebundenes" und „eigentlich freies Ermessen". Während ein gebundenes Ermessen in manchen Fällen der Rechtserkenntnis gegeben sein soll, besteht nach Ansicht Brigitte Heilbrons ein freies Ermessen in der „Wahlfreiheit zwischen mehreren Entscheidungsmöglichkeiten". Eigenartigerweise zieht die Verfasserin aus dieser — sicherlich unerwünschten — Konsequenz keinerlei Schlüsse auf die Richtigkeit ihres Ausgangspunktes. Sie versucht vielmehr, die eingangs so gedankenlos festgestellte Einheit der zu einem Urteil führenden Vorgänge dadurch zu wahren, daß sie die Gleichartigkeit der beiden Arten des Ermessens unterstellt[380]) und nur eine Verschiedenheit der Zwecke des „ganzen Ermessens" behauptet[381]). Die Stufentheorie[382]) hält ein freies Ermessen in allen Fällen der „Rechtskonkretisierung" für gegeben. Für eine ihrer Erscheinungsformen hält sie die Urteilstätigkeit des Richters. Es ist bereits oben[383]) hervorgehoben worden, daß diese Lehre in fehlerhafter Weise Rechtsurteile und Urteile der Logik, das „Zu-Recht-Erkennen" des Richters und das „Erkennen" im Sinne der Philosophie gleichgesetzt hat. Ein näheres Eingehen auf diese Fragen können wir uns also an dieser Stelle ersparen.

*

Die Beschränkung des Ermessensbegriffes auf die Fälle menschlichen Handelns hat bedeutsame Konsequenzen. —

Da das bloße Erkennen nicht die Erscheinungsform des freien Ermessens ist, so stellt auch die Erkenntnistätigkeit der Rechtswissenschaft keine Ermessensausübung dar. Es kann natürlich nicht geleugnet werden, daß die Aufgabe des Juristen, sich des Rechtes bewußt zu werden, zu ihrer Lösung ein schöpferisches Denken erfordert[384]). Dieses Denken ist sogar viel freier und produktiver, als man gemeinhin glaubt. Ist ihm doch in der Rechtsordnung nicht einfach eine Außenwelt von Gegenständen gegeben, die es zu erkennen, zu begreifen und zu verstehen hat, an der es sich also irgendwie betätigen soll; richtiger Auffassung nach schafft sich der Geist diese Außenwelt selbst, indem er das in den Rechtssätzen gegebene Material der Wahrnehmung ordnet und denkend verarbeitet[385]). Mag es sich nun um die vorwissen-

[380]) In beiden Fällen handelt es sich angeblich um eine „eigene logische Urteilsbildung des Richters".

[381]) Aber nicht im einzelnen benennt! S. o. S. 83.

[382]) Vergl. oben S. 84 ff.

[383]) S. 95 f.

[384]) Vergl. die Ausführungen auf S. 81 f.

[385]) Ebenso Binder, Rechtsphilosophie, S. 836 flg.
Diese Anschauung gründet sich auf Kant. Er geht davon aus, daß die uns erscheinende Außenwelt unser Bewußtseinsinhalt ist. Die kritische

(Fortsetzung nächste Seite)

schaftliche Gegenständlichkeit einer Vielheit nebuloser Rechtsgebilde handeln, denen sich der Laie gegenübersieht, ohne zu ahnen, daß er selbst der Schöpfer dieser Rechtswelt ist, oder um das sicher bestimmte System einer Rechtsordnung, das die Rechtswissenschaft hervorbringt, immer erbaut sich der nach Erkenntnis strebende Mensch diese Welten selbst. Und so stellt eben alle Rechtserkenntnis kein reproduktives und gebundenes Denken dar, sie ist vielmehr produktiv, schöpferisch und frei; aber sie ist eben ein bloßes Denken, ein geistiges Streben nach Erkenntnis und Wahrheit, ein Vorgang, der sich im Verborgenen abspielt und schon beendet ist, wenn er nach außen wirkt. Die äußere Erscheinungsform der Wissenschaft ist nicht Selbstzweck[386]), sondern Mittel zum Zweck, sie hat keine Bedeutung um ihrer selbst willen, sondern Bedeutung nur für jenen inneren, geistigen Vorgang, dessen Verlautbarung sie dient. Das stille Forschen und Erkennen eines Grüblers, von dem die Umwelt nichts ahnt und weiß, ist um dieses Schweigens willen, das darüber ausgebreitet liegt, um nichts wertloser, als die von großen Worten und erhabenen Gesten begleiteten Denkvorgänge eines Mannes von Welt. Weil nun die Wissenschaft eine innere Haltung, aber keine äußere Handlung erfordert, weil sie sich darauf beschränkt, eine Welt zu erschließen, nicht aber danach strebt, in dieser Welt zu wirken und zu handeln, so kann man eben trotz ihrer Produktivität nicht annehmen, daß sie nach freiem Ermessen betrieben werde.

Es ist also nicht gerechtfertigt, im Hinblick auf die Sinnermittlung der Gesetze (Interpretation) von einem freien Ermessen des Juristen zu sprechen. Ebensowenig ist es gerechtfertigt, die kategoriale oder teleologische Weiterverarbeitung des Sinnes (Konstruktion und Systematik) dem freien Ermessen des Juristen anheimzugeben. Gleichgültig ist dabei, ob diese rechtswissenschaftliche Erkenntnistätigkeit von einem „Praktiker" oder einem „Theoretiker", von einem Fachmann oder einem Laien ausgeübt wird. Man kann mithin weder von einem freien Ermessen des zur Entscheidung eines Falles berufenen Richters oder Verwaltungsbeamten bei der Bildung des rechtlichen Obersatzes, noch vom freien Ermessen des Rechtsgelehrten bei der Abfas-

---

Untersuchung dieser Bewußtseinsinhalte führt ihn zur Unterscheidung von Form und Stoff der Erkenntnis. Der wechselnde Stoff, den unsere Sinne ununterbrochen aufnehmen und in unser Bewußtsein leiten, wird, so argumentiert Kant, durch die Anschauungen von Raum und Zeit geordnet und durch den Verstand mit Hilfe der Kategorien der Formen des urteilenden Denkens, zu Gegenständen verarbeitet. Die Gegenständlichkeit unserer Sinnenwelt sei also nicht rein empirisch, sondern durch ein rationales Element, eben die Kategorien, mitbedingt. (Kant, Kritik der reinen Vernunft.)

[386]) Als Kunstform kann das Sprechen und Schreiben eines Gelehrten natürlich einen eigenen Wert haben. Dieser Wert ist aber unabhängig von seinem wissenschaftlichen Gehalt.

sung von Kommentaren, Lehrbüchern und Monographien reden. Selbstverständlich befindet sich auch der einfache Volksgenosse, der sich den Inhalt irgendeines ihn betreffenden Gesetzes gegenständlich zu machen sucht, ebensowenig in Ausübung freien Ermessens, wie der Berufsjurist, der das Recht mittels der spezifisch juristischen Methode bearbeitet. —

*

Von den Konsequenzen, die sich an die vorerwähnte Beschränkung des Umfanges unseres Ermessensbegriffs knüpfen, ist folgende noch erwähnenswert:

Die zur Erkenntnis realer Sachverhalte führenden Vorgänge, die jeder Rechtsentscheidung vorangehen müssen, stellen k e i n e n Fall eines freien Ermessens dar[387]). Sie sind zwar genau so schöpferisch wie die Erkenntnis des Rechtes selbst, sie sind jedoch ebenso wie diese ein bloßes „Wahrnehmen", „Bedenken" und „Wissen", also r e i n g e i s t i g e Vorgänge, und liegen als solche außerhalb des Kreises der Ermessensfälle. — Es ist natürlich richtig, daß die Erkenntnis irgendwelcher rechtlich relevanter Vorgänge und Ereignisse manchmal ein tatkräftiges und energisches Handeln erfordert. Beispiele dafür bietet die moderne Kriminalgeschichte genug.. Das berechtigt jedoch nicht dazu, das Erkennen in solchen Fällen dem Begriff eines „freien Ermessen" zu unterstellen. Jenes Handeln ist kein Teil des Erkenntnisvorganges selbst. Es d i e n t lediglich dem Erkennen, indem es ihm das nötige Material liefert. Dieses Hilfsmittels wegen ist der Erkenntnisvorgang aber kein anderer als sonst. Es besteht also kein Anlaß, ihn in diesem Zusammenhange anders zu behandeln. — Ist menschliches Handeln und Verhalten in seiner Beziehung zur Wahrheitsforschung nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck, so kann es selbstverständlich, unter anderen Gesichtspunkten betrachtet, einen eigenen Wert haben. Dieser Wert ist dann aber kein logischer — und auf den kommt es hier allein an — sondern ein ethischer. Ob es nun als solches im „freien Ermessen" des betreffenden Menschen steht oder stehen kann, soll hier jedoch dahingestellt bleiben.

b) D a s f r e i e E r m e s s e n e i n d e m R e c h t e u n t e r w o r f e n e s H a n d e l n.

Ausgehend von der Dreigliederung menschlichen Geisteslebens haben wir das Ermessensproblem bekanntlich auf den Bereich des p r a k t i s c h e n V e r h a l t e n s der Menschen beschränkt. Welche Konsequenzen das im einzelnen hat, versuchten wir uns eben deutlich zu machen. Jetzt gilt es nun, die Wesensart des „freien Ermessens" näher zu bestimmen; denn nicht

[387]) Die sog. „freie Beweiswürdigung" des Richters stellt also keinen Fall eines „freien Ermessens" dar.

in jedem praktischen Verhalten ist es gegeben. Grundsätzlich kann nur das dem Recht unterworfene Handeln und Schaffen dafür in Betracht gezogen werden.

Die Aufstellung dieses Begriffsmerkmales ist aus folgenden Gründen geboten:

Keine wissenschaftliche Forschung ist voraussetzungsfrei. Will sie dem Chaos der Gegebenheiten gedanklich näher kommen, benötigt sie Maßstäbe, die sie nicht in der Wirklichkeit selber findet, sondern, die sie aufstellt und an die Wirklichkeit anlegt. Was hier von der wissenschaftlichen Forschung allgemein gesagt ist, gilt von der wissenschaftlichen Begriffsbildung im besonderen. Auch sie kann nur erfolgreich sein, wenn die Betrachtung der Wirklichkeit, die ihr vorausgehen muß, eine kritische d. h. von bestimmten Prinzipien geleitete ist. Das leitende Prinzip jeder Begriffsbildung ist nun das vorbestimmte Ziel, der Zweck der Begriffsbildung. Unter seinem Zwange wandelt sich das impressionistische Stimmungsbild, das die unkritisch erschaute Wirklichkeit in uns erzeugt, in exakte Gedankengebilde[390]).

Es ist schon in der Einleitung zum Ausdruck gebracht worden, daß wir mit der Bildung des Ermessensbegriffes dem Interesse der Rechtspraxis dienen wollen. Dementsprechend dürfen wir dabei lediglich solche Sachverhalte berücksichtigen, die für die Rechtspraxis d. h. für die praktische Funktion des Rechtes irgendwie von Bedeutung sein könnten. Läßt sich das aber nur dann vom menschlichen Handeln sagen, wenn es sich im Wirkungsbereiche der Rechtsnormen befindet, so ist eben diese Stellung eine Bedingung der Ermessensfälle und als solche ein Merkmal des darauf bezogenen Begriffs.

*

Die Wirksamkeit des Rechtes[392]) im sozialen Leben zeigt sich darin, daß Menschen von den Rechtsnormen wissen, sich diesen

---

390) Ähnlich äußert sich Heinrich Schmidt, Philosophisches Wörterbuch 9. Auflage, S. 4:

„Die Abstraktion bringt bestimmte Merkmale eines Begriffs, die gerade für einen Denkzweck wichtig sind, in den Blickpunkt."

Binder gibt mit folgenden Worten demselben Gedanken Ausdruck: „... und so gewiß es richtig ist, daß die Erkenntnis ihren Gegenstand nicht voraussetzt, sondern erschafft, so gewiß ist es auch, daß von den so bedingten und ermöglichten Gegenständen ... eine Mehrheit von Begriffen durch Induktion und Abstraktion gewonnen werden kann, je nach den verschiedenen Seiten des Gegenstandes, die das die Begriffsbildung leitende Interesse ins Auge faßt ..." (Rechtsphilosophie S. 486).

391) Vergl. oben S. 16.

392) Die Wirksamkeit des Rechtes im teleologischen Sinne hat mit der Wirklichkeit des Rechtes im theoretischen Sinne nichts zu tun. Über die Wirklichkeit des Rechtes siehe oben S. 86 ff.

Normen entsprechend oder widersprechend verhalten, daß Organe der staatlichen Gemeinschaft den in der Norm objektivierten Willen der Gemeinschaft durchsetzen und zu diesem Zwecke tätig werden. Die Tatsachen, die dem Begriffe des freien Ermessens unterfallen könnten, sind also alle jene Handlungen, die irgendwie vom Rechte betroffen werden, sei es, daß sie — wie die Handlungen der zweiten Gruppe — als Rechtsentscheidungen und Rechtsvollzugsakte der Staatsgewalt von den Rechtsnormen geboten und legalisiert sind, sei es, daß sie — als private Rechtshandlungen, Rechtsausübungsakte, Rechtsgeschäfte und Delikte — nur nach Rechtsnormen zu beurteilen sind. Alles menschliche Handeln aber, das nicht in dieser Weise vom Rechte betroffen wird, und — wie wir noch hinzufügen möchten — auch nicht vom Rechte betroffen werden könnte, kann aus den oben angeführten Gründen niemals einen Fall freien Ermessens abgeben. Es hat demgemäß in diesem Zusammenhange außer Betracht zu bleiben.

Zu den Formen menschlichen Handelns, die nicht das Merkmal der Rechtsunterworfenheit zeigen, zählt einmal die Rechtssetzung.

Wo das Recht einem Menschen die Möglichkeit eröffnet hat, in einem bestimmten Umfange neues Recht zu schaffen, da steht er allein unter dem Diktate der Rechtsidee und dem Zwange seines eigenen Gewissens. Die positive Rechtsordnung vermag diesem Handeln weder Richtung noch Inhalt zu geben[393]). Sie kann es deshalb nicht, weil sie ihrem Sinn und Zweck nach den in der Gemeinschaft lebenden Menschen nur gebietet, was sie in ihrem Gemeinschaftsleben tun und lassen sollen. Die weitere und ungleich schwerwiegendere Frage, wie sie diese Gemeinschaft organisieren sollen, kann nur im Hinblick auf die kategorialen Forderungen der Rechtsidee beantwortet werden, jenen Forderungen, denen die gegebene Rechtsordnung selbst erst ihr Dasein und Sosein verdankt. —

Gleich der Rechtssetzung ist die Ausübung der Gnade einer rechtlichen Regelung unzugänglich. Sie kann daher ebenfalls keine Erscheinungsform freien Ermessens sein.

„Die Art der Gnade weiß von keinem Zwang...", sagt Shakespeare im „Kaufmann von Venedig". Er hat in diesen Worten mit klassischer Kürze zum Ausdruck gebracht, daß ein Gnadenerweis nie unter dem Zwange des Rechtes erfolgt, sondern immer eine Sache freier Entschließung ist. Diese Sonderstellung anderen Lebensvorgängen gegenüber ist nicht zufällig, son-

[393]) Man hat deshalb häufig genug die Tätigkeit des Gesetzgebers als eine willkürliche angesehen.

Diese Auffassung liegt insbesondere dem berühmten Kirchmannschen Angriffe auf den Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz zugrunde.

dern notwendig. Hat sie doch ihren Grund in seinem Wesen selbst.

Die Gnade hebt kein Urteil auf und setzt an seine Stelle ein anderes, dem Rechte entsprechenderes. Sie läßt das Urteil vielmehr als solches bestehen und mildert es lediglich in seinen Wirkungen. Auf diese Weise macht sie den Willen des Gesetzgebers nicht wirksam, sondern unwirksam. Sie bedeutet daher keine Anerkennung der Richtigkeit, sondern gerade eine Anerkennung der Fragwürdigkeit allen Rechtes. So verstanden, kann der Gnadenerweis keine Tatsache des Rechtslebens noch viel weniger aber eine besondersartige Rechtsentscheidung sein; denn der Gesetzgeber vermag sich nicht selbst unwirksam zu machen, kann das Ergebnis seines Wollens nicht selbst für fragwürdig halten. Er würde sonst in einen unlösbaren Widerspruch zu seinem eigenen Geltungsanspruch geraten.

Ebensowenig wie die Begnadigung von Rechtsnormen gefordert oder erlaubt sein kann, ebensowenig kann sie eine Forderung der Rechtsidee selber sein.

Die Rechtsidee ist Gerechtigkeit. Sie gebietet als solche die Aufstellung allgemeingültiger Normen und die Gleichheit der Adressaten diesen Normen gegenüber[394]). Die Gnade aber hat nicht begriffsnotwendig einen Willen zur Allgemeingültigkeit. Ihr Spruch kann sich — wie das Gesetz — auf gleiche Fälle erstrecken, er kann sich auch auf den besonderen Fall beschränken. Die Einzelbegnadigung ist in der Praxis des Staatslebens sogar das häufigere. — Ein anderer Bestandteil der Rechtsidee ist die Rechtsgewißheit[395]). Damit tritt uns eine zweite ebenbürtige Forderung an das Recht entgegen, die Forderung nach einer eindeutigen Beendigung der Diskussion über die Gerechtigkeit der gesetzlichen Regelung, die Forderung nach Ordnung und Frieden. Dieser Anforderung entspricht die Gnade nicht, wenn sie im Einzelfalle gesetztes Recht kraftlos macht.

Mit diesen Feststellungen dürfte erwiesen sein, daß die Gnade weder im Wirksamkeitsbereiche noch eigentlich im Wertgebiete des Rechtes ihren Standort hat. Was kann aber diese Institution, die doch eine unverkennbare Beziehung zum Rechte hat, rechtfertigen, wenn es die Prinzipien des Rechtes nicht können?

Unseres Erachtens wird die Gnade durch die Tatsache gerechtfertigt, daß unser menschliches Leben nicht allein von den Prinzipien des Rechtes geleitet wird, daß es neben ihnen noch andere Werte gibt, und daß es sich als notwendig erweisen kann, diesen Werten dem Rechte gegenüber Geltung zu verschaffen. Beredte Zeugen dafür sind in der Gegenwart alle Begnadigungen, die aus Anlaß nationaler Feiertage erfolgen, und

394) Vergl. dazu unsere Ausführungen auf S. 150 der Arbeit.
395) Über die Struktur der Rechtsidee vergl. Anm. 257.

in der geschichtlichen Vergangenheit jene Gnadenerweise, die einfache Menschen aus dem Volke oder gar Verbrecher selbst ihren Genossen gegenüber aussprechen durften. In ihnen waltete nicht Recht oder Gerechtigkeit, dem war ja durch das Urteil Genüge getan. In ihnen waltete politische Zweckmäßigkeit, ethische Duldsamkeit, religiöse Barmherzigkeit.

So halten wir denn die Gnade nicht für eine gesetzlich regulierte Wohltat, sondern für ein gesetzloses Wunder. In ihrer Ausübung gipfelt weder das Recht, noch ein anderer besonderer Kulturwert. In ihrer Ausübung gipfelt jene allgemeine Liebesgemeinschaft, auf der Tolstoj alle menschlichen Beziehungen gegründet wissen will[396]), und die nach unserer Meinung das Grundprinzip allen besonderen Kulturlebens ist.

„Das Zepter zeigt die weltliche Gewalt,
Das Attribut der Würd' und Majestät,
Worin die Furcht und Scheu der Kön'ge sitzt.
Doch Gnad' ist über dieser Zeptermacht;
Sie thronet in den Herzen der Monarchen"[397]),..

c) Das freie Ermessen ein Handeln der Staatsbehörden.

Der Begriff freien Ermessens kann indessen nicht jedes praktische Verhalten eines Menschen umfassen, das den Befehlen der positiven Rechtsordnung unterworfen ist oder wenigstens unterworfen sein könnte. Nur das unter dem Rechte stehende Verhalten der Staatsbehörden[398]) kann dafür gelten.

Die Beschränkung freien Ermessens auf die Fälle behördlichen Handelns war im Schrifttum von jeher vertreten worden[399]). Die Gründe, welche die einzelnen Autoren dazu bestimmt haben möchten, sind freilich von den unseren recht verschieden.

Unserer Auffassung nach gründet sich das Ermessensproblem nicht auf einem Fürsichsein von Staat und Individuen, es gründet sich gerade auf der überindividuellen Gemeinschaft beider. Es liegt uns also fern, aus der Unzahl feind-

396) Vergl. Tolstoj, Das Gesetz der Gewalt und das Gesetz der Liebe.

397) Shakespeare, Der Kaufmann von Venedig, 4. Aufzug, 1. Auftritt (Schlegelsche Übersetzung).

398) Das Wort „Staatsbehörden" ist hier im weitesten Sinne gebraucht. Es umfaßt Ministerien, Gerichte, Verwaltungsbehörden usw.

399) Von einigen Ausnahmen abgesehen:

Eine Zusammenfassung des freien Handelns der Staatsbehörden und des freien Handelns der Staatsbürger unter einem Begriffe des freien Ermessens finden wir insbesondere bei:

Laband, Staatsrecht II S. 200/201.

Bähr, Der Rechtsstaat S. 193 ff.

Fleiner, Institutionen (1922) S. 132.

licher Handlungen, aus denen sich der angebliche Krieg aller gegen alle zusammensetzt, gerade die Willkürakte der Staatsgewalt ihrer besonderen Gefährlichkeit wegen herauszuheben und unter einem Begriffe des freien Ermessens zusammenzufassen[400]). Es liegt uns fern, weitere Untersuchungen darüber anzustellen, ob und in welchem Umfange der Staat ebenso wie durch seine Organisation und sein Recht in jenen Fällen freien Ermessens dem Individuum die Freiheit garantiert, in der es seinen sittlichen Aufgaben lebt. Wir glauben vielmehr, daß sich jene Aufgaben überhaupt nicht an die Menschen als Einzelwesen wenden und den Staat und die Gemeinschaft unberührt lassen. Wir glauben, daß sie ihnen nur infolge ihrer Mitgliedschaft an der Gemeinschaft gestellt sein können. Und weil sie gemeinschaftsbegründent sind, so richten sie sich an alle die geschichtlich gegebenen Gemeinschaftsformen und erscheinen so als Aufgabe des Einzelnen u n d der Gemeinschaft. Haben wir nun oben schon[401]) das menschliche Streben nach Erfüllung der kategorialen Kulturaufgaben, die wir in den Ideen kennen gelernt haben, als ein Wesensmerkmal des freien Ermessens festgestellt, so wollen wir dem noch hinzufügen, daß es sich hier im besonderen um die Aufgabenerfüllung der G e m e i n s c h a f t und zwar der Gemeinschaft des Staates handelt. Diese Beschränkung des Ermessensbegriffes entspricht wiederum dem Zwecke unserer Begriffsbildung, der Rechtspraxis zu dienen.

Die praktische Funktion des Rechtes zeigt sich zwar im privaten Leben genau so wie im Leben des Staates. Das Verhältnis von Rechtspraxis und Staatsleben, von Rechtsausübungsakten und Staatsakten ist indessen viel inniger, als die Beziehung von menschlichem Verhalten schlechthin und Recht. Haben doch Staat und Recht in dem durch die Vernunft bedingten Gemeinschaftsleben der Menschen die gleiche Aufgabe zu erfüllen: Sie geben dem Ganzen gegen den Willen selbstsüchtiger Individuen die notwendige äußere Form[402]). Den einzelnen Menschen aber werden von den Ideen auch andere Aufgaben gestellt als diejenige, die äußere Organisation der Gemeinschaft aufrechtzuerhalten. Im Hinblick darauf liegt es wohl mehr im Interesse der Rechtspraxis, bei der Begriffsbildung freien Ermessens die Besonderheiten des Staatslebens zu berücksichtigen, als von ihnen zu abstrahieren; denn es besteht die begründete Vermutung, daß jede Handlung eines Staatsorganes, die überhaupt nach ihrem eigenen Wesen in die Sphäre des Staatslebens fällt, auch dem Rechte irgendwie zugerechnet werden muß[403]), während das Handeln eines Menschen schlechthin ohne jede Beziehung auf die Rechtsordnung sein kann.

*

---

[400]) Vergl. oben S. 102 u. 104.
[401]) S. 124 ff.
[402]) Siehe oben S. 123.
[403]) Vgl. unten S. 158.

Die bemerkenswerteste Folge dieser Wesensbestimmung freien Ermessens ist die Aussonderung des eigentlich moralischen Handelns aus dem Kreise der Ermessensfälle.

Selbstverständlich ist sowohl der führende Staatsmann als auch der letzte Behördenangestellte dem Gebote der Sittlichkeit unterworfen; denn sie sind Menschen wie wir alle, und ihre Tätigkeit fällt in den Bereich der Praxis. Aber die Eigenart ihrer Stellung kommt nicht in ihrem moralischen, sondern in ihrem rechtlichen und politischen Handeln zum Ausdruck. — Die eigentliche Sphäre, in der ein Beamter wirkt und handelt, ist die soziale Sphäre, ist die Sphäre menschlichen Zusammenlebens. Während nun das Recht und die Politik ihrem Begriffe nach sozial sind, so daß es für den Robinson auf seiner Insel weder Recht noch Politik geben kann, ist die Sittlichkeit primär auf das Individuum berechnet, indem sie sich an die Gesinnung, die Würde des Menschen in seiner Vereinzelung[404]) wendet. Aus seiner sozialen Gebundenheit ergeben sich also für den Menschen in erster Linie keine moralischen, sondern lediglich rechtliche und politische Aufgaben[405]). Das Wirken und Handeln der Staatsbeamten, das gerade aus dem Sozialen d. h. der Bestimmtheit eines jeden durch alle und durch andere erwächst und wiederum ihm entsprechen soll, kann seinem Wesen nach deshalb kein moralisches, sondern muß ein rechtliches und ein politisches sein[406]).

d) Das freie Ermessen ein schöpferisches Handeln.

„Freies Ermessen" ist Handeln der Staatsbehörden im Wirksamkeitsbereiche der Rechtsnormen. Mit dieser Erkenntnis haben wir zwar Klarheit über die allgemeinsten Merkmale des Ermessensbegriffs gewonnen, aber seinen Inhalt noch nicht erschöpfend bestimmt. Dem werden diejenigen besonders zustimmen, die jede Begriffsbildung mit einer Wortinterpretation einzuleiten pflegen[407]). Wo ist schon zum Ausdruck gebracht, so

---

[404]) Nicht in seinem „Fürsichsein" als naturwissenschaftliches Gattungswesen. Was dem Menschen seine persönliche moralische Würde verleiht, ist die Tatsache, daß er Träger der überpersönlichen Vernunft ist, die ihn gerade zu einem Mitgliede in der Gemeinschaft aller vernünftigen Wesen macht.

[405]) Eine andere Frage ist es, ob die Lösung dieser rechtlichen und politischen Aufgaben vom Einzelgewissen mit moralischer Verpflichtungskraft ausgestattet werden kann.

[406]) Georg Jellinek befindet sich also im Irrtum, wenn er glaubt, daß die Ermessenstätigkeit der Staatsbehörden unter der (ethischen) Norm pflichtmäßigen Handelns stehe. Vergl. oben S. 40.

[407]) Es ist zwar angängig, von einem Wort auf den Willen und die Meinung des Sprechenden zu schließen. Es ist auch angängig, von einem Worte auf den Willen und die Meinung des Gesetzes zu schließen. Es

(Fortsetzung nächste Seite)

werden sie fragen, daß der Beamte in den Fällen freien Ermessens das „Maß" seines Handelns „frei" bestimmen kann?

Das Merkmal des Ermessensbegriffes, das man auf diese Weise in der „Freiheit" behördlichen Handelns feststellen zu müssen glaubt, sehen wir in den schöpferischen Elementen des Staatslebens. Einen Fall „freien Ermessens" kann unserer Ansicht nach nicht jedes Handeln der Staatsorgane bilden, nur das eigentlich schöpferische, kulturwertschaffende Handeln kann dafür in Betracht gezogen werden.

Was hat uns nun zur Aufstellung dieses Begriffsmerkmales veranlaßt?

Nicht überall, wo Staatsbeamte tätig sind, läßt sich das Ergebnis ihres Handelns bestimmt voraussagen, nicht überall kann man gewiß sein, daß sie sich gerade so oder so und nicht anders verhalten werden. Oftmals wird man nicht einmal die Voraussetzungen ihres Einschreitens kennen; hat man sie aber erkannt, dann weiß man noch nichts über die empirischen Zwecke ihres Vergehens, noch weniger aber über die besonderen Mittel, mit denen sie diese Zwecke zu erreichen suchen.

Diese Ungewißheit behördlichen Handelns muß dem Rechtspraktiker problematisch erscheinen. Das Recht, dessen richtige Anwendung er gewährleisten soll, ist seiner Idee nach gewiß[408]). Die Ordnung des Gemeinwesens, die es erstrebt, ist nicht den Anschauungen der zusammen lebenden Menschen überlassen. Sie ist von einer Stelle eindeutig bestimmt und liegt für alle anderen Stellen gleichermaßen fest. Wie ist im Hinblick darauf ein Handeln zu erklären, das offenbar auch der Ordnung des Staatslebens dient, vom Rechte überdies gemeint ist, und doch von keiner Stelle aus bestimmt wird, sondern in seiner Ausgestaltung den Anschauungen des Einzelnen überlassen bleibt?

Dieses trotz Recht und Rechtsnormen in seiner Gestaltung immer besondersartige Geschehen ist eine Neuschöpfung, muß es sein; denn es hat nicht bloß zum Inhalte, was schon an anderer Stelle festgestellt wurde, es strebt nach Neuem und ist darum selbst ein Neues. Dieses Neue ist freilich nicht ein neues

---

ist aber ganz unmöglich, in einem Wort das Wesen der Sache zu erkennen, die es bezeichnet. Wenn die Wahrheit bei der Entstehung der Sprache, der Gesichtspunkt der Gewißheit bei der Wahl der Bezeichnungen allein entscheidend gewesen wäre, dann könnte man gegen eine solche Erkenntnismethode gewiß nichts einwenden. Die verschiedenen Sprachen, nebeneinandergestellt, ja, selbst die eigene Muttersprache, zeigen jedoch, daß es bei Worten nie auf Wahrheit, nie auf einen genauen Ausdruck ankommt; denn sonst gäbe es nicht so viele Sprachen, nicht so viele Bezeichnungen für eine Sache.

Unrichtig geht also Brigitte Heilbron vor, wenn sie aus dem Worte „freies Ermessen" etwas für das Wesen der damit bezeichneten Erscheinungen zu gewinnen sucht. Vergl. „Freies pflichtmäßiges Ermessen" § 2.

[408]) Vergl. die Ausführungen in Anm. 257 und auf S. 98 der Arbeit.

Gebilde im Reiche der Natur, sondern ein neues Gebilde im Reiche des Geistes, ein Stück neuer Kultur, ein neuer Kulturwert. Darum kann auch nicht die Fähigkeit, Beliebiges zu wollen, seine Möglichkeit begründen, ein biologischer Kraftstrom das antreibende Moment sein, sondern nur das kann seine Möglichkeit und seine Bewegung bedingen, dem alles Geistige sein Dasein und Sosein verdankt, die Idee. Dementsprechend ist das „schöpferische" Handeln als ein Fall zu denken, in dem sich die Idee durch eigene Kraft im Menschen unmittelbar ein selbständiges und persönliches Leben verschafft hat und nun vermittels desselben die Welt außer diesem persönlichen Leben nach sich gestaltet[409]). Mit diesem Inhalte ist es von all dem Handeln und Verhalten zu unterscheiden, das lediglich im Dienste jener Kulturwirklichkeit steht, die den Forderungen der Idee gehorchend ins Dasein gesetzt wurde[410]).

*

Durch diese nähere Bestimmung des Ermessensbegriffes scheidet die Rechtsentscheidungstätigkeit des Richters oder Verwaltungsbeamten aus der Gesamtheit der ihm untergeordneten Gegenstände aus.

Die Tragweite dieser Feststellung kann man nur dann richtig ermessen, wenn man sich darüber klar ist, welche Erscheinungen mit dem Worte „Rechtsentscheidung" überhaupt bezeichnet werden. Da diese Klarheit in der Ermessenslehre jedoch niemals bestanden hat[411]), wollen wir an dieser Stelle kurz darauf eingehen.

Wir haben schon mehrfach hervorgehoben[412]), daß sich die Wirklichkeit des Rechtes auf den Sinngehalt der Rechtssätze beschränkt. Nicht das, „was in der menschlichen Gesellschaft als

[409]) Ähnliche Gedanken findet man bei Fichte in seiner Abhandlung „Grundzüge des gegenwärtigen Zeitalters".

[410]) Das reproduktive Handeln hat seinen Sinn und seine Berechtigung dadurch, daß es den produktiven Akten dient und insofern nur mittelbar dadurch, daß es auf eine Idee bezogen wird.

[411]) Soweit wir es übersehen können, hat man sich im Schrifttum bisher nur darum bemüht, die historisch bedingte Trennung von „Rechtsprechung" und „Verwaltung" gedanklich zu rechtfertigen. Da das begreiflicherweise nicht gelang, schloß man vorschnell auf eine völlige Gleichheit aller ihrer Funktionen. Damit verzichtete man insbesondere darauf, eine Reihe bestimmter Akte aus dem umfassenden Kreise rechtlich bedeutsamer Staatsakte herauszugreifen und unter der Bezeichnung „Rechtsentscheidung" begrifflich zu verselbständigen. — So erklärt es sich, daß die meisten Schriftsteller, denen wir bei der Bearbeitung des Ermessensproblems begegnet sind, die Worte: Rechtsentscheidung, Rechtsanwendung, Rechtsausübung, Rechtsprechung, Rechtsbefolgung, Rechtsvollziehung, Rechtsverwirklichung synonymisch gebrauchten, also offenbar mit keiner der Bezeichnungen, insbesondere aber nicht mit der Bezeichnung „Rechtsentscheidung" eine feste Vorstellung verbanden.

[412]) Vergl. insbesondere die Ausführungen auf S. 88 f. der Arbeit.

Recht lebt und wirkt"[413]), sondern das, was in der Rechtsordnung als Recht lebt und wirkt, ist Recht im eigentlichen Sinne. Damit soll eine Beziehung zwischen Recht und Leben nicht in Abrede gestellt werden. Sie ist gegeben und zwar in der Tatsache, daß die Menschen den Anordnungen der Rechtsnormen Folge leisten oder gegen ihren Willen dazu gezwungen werden. Obwohl das Recht dazu da ist, in dieser Weise Regel des sozialen Lebens zu sein und als solche befolgt zu werden, so besteht seine Wirklichkeit aber doch nicht darin, daß es gegen den Ungehorsam durchgesetzt wird, sondern nur darin, daß es Norm ist, die durch bestimmte Kräfte geschaffen ist und ihrerseits auf die Vorstellung des Menschen einwirkt.

Aus alledem ergibt sich, daß derjenige Mensch, der als Privater oder Staatsbeamter den Normen des Rechtes entsprechend handelt, indem er die ihm übertragenen „Rechte" bestimmungsgemäß ausübt und seine „Pflichten" genauestens erfüllt, im Grunde gar nicht im Rechte, sondern nur in Übereinstimmung mit dem Rechte lebt. Er würde, da er die eigene Persönlichkeit und die der Gemeinschaft auf diese Weise anerkennt, das Recht sogar entbehrlich machen[414]). Was man gewöhnlich als „Rechtsleben" oder neuerdings als „konkrete Ordnung des Rechtes"[415]) bezeichnet, ist also ein durchaus außerrechtliches Phänomen. Es verdient daher diesen Namen im Grunde gar nicht. Zwar haben auch diese Handlungen einen Sinn; aber dieser Sinn besteht nicht in der Bezogenheit auf die Rechtsordnung, oder gar auf die Rechtsidee, sondern in den verschiedenen Zwecken, die sie verfolgen, und deren Berechtigung. Da im Bereiche des Staatslebens nur die politische Zweckmäßigkeit maßgeblich sein kann, so besteht der besondere Sinn der hierher gehörenden Handlungen darin, dem politischen Werte zu dienen[416]).

So stehen sich Recht und gesellschaftliches (staatliches) Leben gegenüber. Das eine ist in der Rechtsnorm als dem objektivierten in Übung oder Satzung gekommenen Volkswillen wirklich, das andere in einer teils sinnvollen, teils sinnwidrigen Tätigkeit von Menschen, die von Rechtsnormen motiviert oder nicht motiviert werden. Es wäre jedoch verfehlt, wenn man

---

[413]) Ehrlich, Grundlagen der Soziologie des Rechtes (1913) S. 6 ff.

[414]) Gegenstand der gesetzlichen Regelung ist nicht etwa der Mensch, der sich seiner Teilhaberschaft am Ganzen bewußt ist und dementsprechend handelt, sondern der Mensch, der seine Eigengesetzlichkeit übertreibt und sich infolgedessen gegen die Gemeinschaft und die sie tragenden Rechtsgenossen stellt.

Vergl. die Ausführungen in Anmerkung 357.

[415]) Die Bezeichnung „konkrete Rechtsordnung" stammt von Schmitt Vergl. seine diesbezüglichen Ausführungen in der Abhandlung „Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens", S. 11 ff.

[416]) Vergl. die entsprechenden Ausführungen auf S. 48 ff. der Arbeit.

über dieser begrifflichen Unterscheidung die funktionellen Zusammenhänge zwischen Recht und sozialem Leben vergessen wollte, wenn man nur die Kluft sehen würde, die beide trennt, nicht aber ihre vielfachen Überbrückungen. — Wenn die Rechtsordnung wirklich eine Ordnung des sozialen Lebens im Sinne des Rechtes sein will, so muß sie dauernd darauf einzuwirken verstehen. Eine Art dieser Einwirkung haben wir schon mehrfach hervorgehoben. Sie besteht darin, daß das Recht dem Menschen fordernd entgegentritt und damit in den meisten Fällen ihren freiwilligen Gehorsam veranlaßt. Das Recht könnte aber nicht Ordnung, nicht die notwendige, nicht zu überwindende Form des menschlichen Gemeinschaftslebens sein, wenn es den geordneten Zustand der menschlichen Gemeinschaft nicht auch gegen den Willen der einzelnen Menschen oder der Staatsgewalt[417]) zu erzwingen in der Lage wäre. Diese Möglichkeit ist ihm dann auch gegeben und zwar in der Institution der Rechtsentscheidung, insbesondere aber im strafrechtlichen und zivilrechtlichen Urteil.

Mit der Aufgabe, in einem besonderen Falle die Gemeinschaft gegen oder wenigstens ohne den Willen des Einzelnen herzustellen, steht die Entscheidung zwischen der Rechtsregel und ihrem Gegenstande, dem gesellschaftlichen Leben. Sie wendet sich einmal bestimmten individuellen Lebensvorgängen zu, beschränkt sich aber nicht darauf, sie einfach zu registrieren und zu vergleichen, sondern sie bewertet sie, als im Einklange oder im Widerspruche mit den Normen des Rechtes stehend. An diese kritische Beurteilung knüpft sie dann den Ausspruch der gesetzlich statuierten Rechtsfolge und weist so dem einzelnen Falle definitiv „sein Recht" zu. — Obwohl die Rechtsentscheidung in der angedeuteten Weise den Willen des Gesetzes zur Geltung bringt, so bleibt sie doch an sich ein soziales Phänomen; denn ihre Wirklichkeit besteht in einem praktischen Verhalten von Menschen[418]). Ihre enge und durchaus eigenartige Beziehung zur Rechtsordnung hebt sie jedoch von

---

[417]) Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß auch die Staatsgewalt und zwar in der Person ihrer Organe unrecht handeln kann. Wäre das nicht möglich, wäre die Staatsgewalt — eben weil sie Staatsgewalt ist — immer im Rechte, dann brauchte es eigentlich kein besonders formuliertes öffentliches Recht mehr zu geben.

Über die Frage des Staatsunrechtes vergl. Binder, Rechtsphilosophie, S. 498 ff.

[418]) Das Wort „Entscheidung" bezeichnet wie alle Worte mit dieser Endung sowohl einen Prozeß, wie dessen Produkt, eine Wollung und ein Gewolltes zugleich. Sehen wir in der Entscheidung den Inhalt einer bestimmten Wollung, so stellt sie sich uns als „Rechtsspruch" dar, sehen wir in ihr eine Wollung bestimmten Inhaltes, so zeigt sie sich als ein „rechtliches Handeln". — Wir interessieren uns in diesem Zusammenhange für die Entscheidung nur in der letztgenannten Beziehung. Die auf S. 92 ff. gemachten Ausführungen beschäftigen sich dagegen mehr mit der Entscheidung als „Rechtsspruch", als „Urteil".

all den anderen Vorgängen des sozialen Lebens — Arbeit, Verkehr, Wirtschaft, Religionsübung, Militärdienst, Staatsleben usw. — aufs deutlichste ab. Sind alle jene Erscheinungen an sich außerrechtlicher Natur, so muß sie selbst ihrem Wesen nach als etwas „Rechtliches" gelten. Sie bildet zwar nicht den auf sein Dasein gerichteten Gemeinschaftswillen, sie nimmt ihn aber in sich auf, indem sie ihm zur Geltung verhilft; sie schafft zwar kein Recht, sie dient aber dem Rechte, indem sie es in eine neue Form seines Seins überführt; und insofern[419]) steht sie dann auch mit der Rechtsidee selbst in Beziehung und empfängt von ihr eine eigene rechtliche Bedeutung. —

Die Tätigkeit des Richters oder Verwaltungsbeamten[420]), die sich als eine solche Rechtsentscheidung darstellt, wird nun in keinem Falle nach schöpferischem Ermessen ausgeübt.

Wenn der Begriff des freien Ermessens ein schöpferisches Handeln bezeichnet, dann bezeichnet er damit ein Handeln, das den Forderungen der Ideen gehorcht und so einen Kulturwert ins Dasein setzt. Die Verpflichtung, dem bedingungslosen Sollen von Ideen zu entsprechen, die Verpflichtung, zeitlose Aufgaben[421]) einer zeitlichen Lösung zuzuführen, ist es also im letzten Grunde, die menschliches Wollen und Handeln zu einem möglichen Gegenstande des Ermessensbegriffes macht. Diese unmittelbare Beziehung von Wirklichkeit und Idee ist jedoch bei einer Rechtsentscheidung nicht gegeben.

Wir haben zwar festgestellt, daß die Rechtsentscheidungen eine Beziehung auf die Rechtsidee haben. Gleichzeitig brachten wir aber zum Ausdruck, daß diese Beziehung nicht unmittelbar gegeben ist, sondern durch die Rechtsnormen vermittelt wird. Indem die Rechtsentscheidung dem Willen des Gesetzes gegebenenfalls zur Wirksamkeit verhilft, dient sie unmittelbar nur der empirischen Rechtsordnung und erst dadurch dann der Rechtsidee selbst. Haben wir die Rechtsordnung, die Rechtsnormen als eine unmittelbar wertbezogene Wirklichkeit begriffen, als eine Wirklichkeit, die ihrem Sinne nach der Gerechtigkeit dient, so können wir die Rechtsentscheidung nur als eine mittelbar wertbezogene Wirklichkeit bezeichnen, da sie ihrem Sinne nach jener Rechtsordnung, jenen Rechtsnormen dient, welche ihrerseits an der Idee der Gerechtigkeit orientiert sind.

---

[419]) D. h. soweit sie sich auf die Rechtsordnung bezieht und den darin verkörperten Willen der Volksgemeinschaft, bezieht sie sich auch — mittelbar — auf die Rechtsidee.

[420]) Auch der Verwaltungsbeamte übt in gewissem Umfange eine Rechtsentscheidungstätigkeit aus. Vergl. die Ausführungen auf S. 92 und in Anm. 276.

[421]) Über die Idee als Aufgabe vergl. Jodl, „Vom wahren und vom falschen Idealismus" (1914).

Diese Auffassung wird im einzelnen durch folgende Überlegungen gestützt:

In irgendeiner Weise muß sich die Rechtsentscheidung auf die Idee des Rechtes beziehen. Welches Moment sollte wohl andernfalls ihren Rechtscharakter begründen? Diese Beziehung kann aber keine unmittelbare sein; denn die Rechtsentscheidung eines praktischen Falles kann niemals aus der Rechtsidee gewonnen werden. Wenn der Richter seine Entscheidungsnorm aufsucht, so hat er das gewiß unter Wahrung der Rechtsidee zu tun[422]). Er kann sie aber nicht einfach der Rechtsidee entnehmen und dann unmittelbar unter ihrem Antriebe tätig werden; denn seine Entscheidung wird immer durch die Eigenart eines gegebenen Sachverhaltes bedingt, und dem hat seine Entscheidungsnorm zu entsprechen. Die Rechtsidee ist aber durchaus nicht bedingt, sondern unbedingt; sie fordert nicht eine Folge für einen ganz bestimmten Fall, sondern fordert schlechthin, daß Rechtsgemeinschaft sei. Wenn nun die Rechtsentscheidung von sich aus eine Beziehung auf die Rechtsidee haben muß, diese Beziehung aber keine unmittelbare sein kann, dann besteht eben nur noch die eine Möglichkeit, daß sich die Rechtsentscheidung mittelbar, d. h. durch Anwendung positiver Rechtssätze auf die Rechtsidee bezieht. —

In dieser Meinung kann uns auch das Gegebensein allgemeiner gesetzlicher Verweisungen auf „Treu und Glauben"[423]), „Billigkeit"[424]), das „freie Ermessen"[425]), das „billige Ermessen"[426]), die „guten Sitten"[427]), das „gesunde Volksempfinden"[428]), usw. nicht erschüttern. Soweit über menschliches Verhalten in dieser oder ähnlicher Beziehung vom Richter überhaupt eine Rechtsentscheidung gefällt werden darf[429]), hat er nicht nach der Rechtsidee zu entscheiden, sondern nach einer positiven Norm, die er sich freilich vorher im Wege der Begriffsbildung ins Bewußtsein zu heben hat.

Aus diesen Feststellungen folgt nun die wichtige Erkenntnis, daß Richter oder Verwaltungsbeamte nicht berechtigt sind, sich unter Berufung auf die ihnen in ihrem Gewissen bewußte Rechtsidee über die positive Rechtsordnung hinwegzusetzen und einen Fall nach freiem Ermessen zu entscheiden. Sie haben vielmehr das Recht zu achten und nicht verächtlich beiseite zu schieben,

[422]) Die Feststellung der Entscheidungsnorm erfolgt zwar im Hinblick auf die Rechtsidee, sie ist aber ein bloßer Erkenntnisakt und kann als solcher nicht Gegenstand des Ermessensbegriffes sein.
[423]) § 157, § 242 B.G.B.
[424]) § 315 Abs. 3 B.G.B.
[425]) § 29 Abs. 3 d. V.O. über Vermögensstrafen und Buße v. 6. II. 1924.
[426]) §§ 315, 317, 319 B.G.B.
[427]) § 138 B.G.B.
[428]) § 2 St.G.B.
[429]) Vergl. die Ausführungen unten auf S. 166 ff.

sie haben dem Recht zur Wirksamkeit zu verhelfen und es nicht gerade da zur Wirkungslosigkeit zu verdammen, wo es sich erst bewähren soll. Eine solche Tätigkeit schließt aber ein freies Ermessen aus, weil sie nicht „schöpferisch", sondern bestenfalls „nachschöpferisch" ist, weil sie nicht neue Kulturwerte schafft, sondern lediglich den schon geschaffenen Kulturwerten dient. Daß der Richter damit gleichwohl der Rechtsidee entspricht, kann keinem Zweifel unterliegen; denn die Rechtsidee fordert Gemeinschaft, Gemeinschaft aber kann nur sein, wenn die Gewißheit des einmal gesetzten Rechtes und die Sicherheit seiner Anwendung gewährleistet ist[430]).

*

Wir haben bekanntlich festgestellt, daß das Handeln der Staatsorgane seinem Sinne nach nur ein rechtliches oder ein politisches Handeln sein kann[431]). Alle anderen Formen menschlichen Handelns, das moralische, das religiöse Handeln, das Handeln nach den Gesetzen der Sitte, der Mode usw. sind auf dem Gebiete des Staatslebens nicht denkbar. Wir haben weiter festgestellt, daß das rechtliche Handeln — von den Gesetzgebungsakten abgesehen — ausschließlich in der Entscheidungstätigkeit des Richters oder Verwaltungsbeamten gegeben ist, während alle anderen Maßnahmen und Akte der Staatsorgane politischer Natur sind[432]). Wenn wir nun die Geltung des Ermessensbegriffes auf das Gebiet des Staatslebens beschränkt sehen[433]), aber doch eben erkennen müssen, daß ein Teil dieses Staatslebens — das in der Entscheidung verkörperte rechtliche Handeln — keinen Gegenstand des Ermessensbegriffes bildet, weil es nicht „schöpferisch", nicht kulturwertschaffend ist, dann erhebt sich mit dieser Erkenntnis sofort die weitere Frage, ob und inwieweit die andere mögliche Lebensbetätigung des Staates — das politische Handeln seiner Organe — diesem Merkmale des Ermessensbegriffes entspricht.

Stier-Somlo hat einmal von der praktischen Politik gesagt[434]), sie sei eine schöpferische, neue Werte schaffende Tätigkeit. Diese Feststellung ist zutreffend. Im politischen Wollen und Handeln eines Staatsorganes b e w a h r h e i t e t sich nicht etwa bloß eine Kulturwirklichkeit, so wie es beispielsweise in seiner Rechtsentscheidungstätigkeit der Fall ist; die Tätigkeit des Politikers s c h a f f t vielmehr eine Kulturwirklichkeit. Sie ist darum schöpferisch und frei. Diese Leistung kann sie aber nur dann voll-

430) Ähnlich Binder, Rechtsphilosophie S. 389; Radbruch, Rechtsphilosophie S. 81 ff.; Stier-Somlo, Das freie Ermessen S. 493.
431) Vergl. oben S. 140.
432) Vergl. oben S. 142 ff.
433) Vergl. oben S. 138 f.
434) Politik S. 21.

bringen, wenn sie an einem „reinen Werte", an einer Idee orientiert ist; denn erst von jenen reinen Werten empfängt die Wirklichkeit des Lebens bekanntlich einen Kulturwert. Das bedeutet nicht, daß sich aus der politischen Idee als einer transzendentalen Aufgabe, die wir Menschen zu erfüllen haben, das Bild eines idealen Politikers und seiner Taten gewinnen lasse. Die Ideenbezogenheit bedeutet vielmehr, daß die wirklichen Staatsorgane gewissen kategorialen Forderungen entsprechen müssen, wenn ihr Handeln — mag es im einzelnen gestaltet sein, wie es will — Gültigkeit und Wert erhalten soll[435]). Die Geschichte lehrt uns nun, daß alle Staatsmänner großen Stils tatsächlich von mächtigen und weitschauenden Ideen bewegt worden sind. Sie haben sich nicht allein durch die Erfahrung des täglichen Lebens bestimmen lassen, haben nicht bloß den „Bedürfnissen" der tatsächlichen Lage entsprochen; sie haben darüber hinaus nach gewissen Grundsätzen gehandelt, die letzten Endes nicht ihrer Weltanschauung, sondern ihrer Wertanschauung, ihrer Hingabe an eine überweltliche Idee entsprungen waren. So wie die führenden Staatsmänner handelten und handeln sollen, so müssen aber auch die vielen Unbekannten handeln, die an weniger sichtbarer Stelle im Staatsinteresse tätig sind. Auch ihr Handeln muß von einem Ideenkreise bedingt sein, damit es Anspruch auf Gültigkeit erheben kann. Oftmals wird es zwar nur in Ausführung des politischen Befehls einer übergeordneten Behörde erfolgen. In diesem Falle kann natürlich keine unmittelbare, sondern wohl höchstens eine mittelbare Beziehung auf die politische Idee gegeben sein. Neben der bloßen Exekutive wird aber jedem Staatsorgane ein bestimmter Spielraum zu freiem Handeln belassen sein. Und innerhalb dieses Spielraums ist seine Tätigkeit dann eine unmittelbar ideenbezogene und als solche kulturwertschaffend[436]).

Nachdem wir die praktische Politik als ein schöpferisches Handeln der Staatsorgane kennengelernt haben, tragen wir keine Bedenken, sie für den Gegenstand des Ermessensbegriffes zu halten. Treffen doch allein auf sie alle jene näheren Bestimmungen zu, die das freie Ermessen von anderen Lebenserscheinungen absondern. Die Erkenntnis, daß das kulturwertschaffende Handeln des Politikers einen Fall freien Ermessens abgeben kann, daß die Erscheinungsformen des politischen Lebens auch die Erscheinungsformen freien Ermessens sein können, veranlaßt uns nun

---

[435]) Über die Ideenbezogenheit politischen Handelns vergl. die Ausführungen auf S. 31 f.

[436]) Da es für unsere wissenschaftlichen Zwecke ohne jede Bedeutung ist, ob eine bestimmte politische Maßnahme durch das schöpferische Handeln und Wollen des ausführenden Beamten oder eine seiner vorgesetzten Dienststellen bewirkt wurde, so erübrigen sich in diesem Zusammenhange weitere Untersuchungen darüber, in welcher Weise die politische Befehlsgewalt unter die einzelnen Staatsorgane aufgeteilt ist.

dazu, die Wesensart der praktischen Politik näher zu bestimmen und ihre Erscheinungsformen im Staatsleben festzustellen.

Was die Realität der praktischen Politik gerade zu einer politischen macht, das ist nicht ihre „seinsmäßige Wirklichkeit" oder mit Schmitt[437]) die „reale Möglichkeit" des begrifflichen Gegensatzes von „Freund und Feind", sondern das ist die Idee, um derentwillen sie betrieben wird. Man kann geradezu sagen: Das Apriori der Politik, das ihren Begriff und damit alle ihre Erscheinungen bedingt, ist ihre Idee, ist der politische Wert. Wenn wir die praktische Politik begreifen wollen, dann dürfen wir sie also nicht bloß in ihrer Tatsächlichkeit sehen, sondern müssen sie in ihrer Bezogenheit auf die politische Idee denken, müssen uns ihre Wirklichkeit als ein Gebilde vorstellen, das sich in der Freiheit des Geistes den kategorischen Forderungen der Idee entsprechend entfaltet hat[438]).

Wie soll nun diese Idee erfaßt, von uns verstanden und definiert werden?

Der Grundgedanke unserer gesamten Darstellung ist der Gedanke der allgemeinen Vernunftgemeinschaft. Wir nehmen an, daß eine einheitliche Vernunft alle Menschen verbindet und so zu Mitgliedern einer geistigen Gemeinschaft macht. Diese Auffassung hat uns bekanntlich dahin geführt, den Staat für die Form zu halten, die diese Gemeinschaft in ihrer Ganzheit erst ermöglicht, und die Rechtsordnung wiederum für die — logische — Bedingung des Staates, als sie ihm die Organisation verleiht, in der er lebt[439]). Diese Feststellungen müssen wir nun an dieser Stelle noch ergänzen. Nicht nur das Recht erstrebt den Staat, sondern auch die praktische Politik, das politische Handeln seiner Organe. Es ist ebenso wie das rechtssetzende Wollen und Handeln auf Schaffung und Erhaltung der Formen des staatlichen Gemeinschaftslebens gerichtet und als solches eine Bedingung seiner Existenz[440]). Und wenn man schon den Staat „als das zum

---

[437]) Vergl. Karl Schmitt, Der Begriff des Politischen, S. 9 f.

[438]) Dem entspricht es, wenn Hegel feststellt:

„Der Staat ist die Wirklichkeit der sittlichen Idee" (Rechtsphilosophie § 257),

oder,

„Der Staat ist die Welt, die der Geist gemacht hat ... So hoch der Geist über der Natur steht, so hoch steht der Staat über dem physischen Leben. Man muß daher den Staat wie ein Irdisch-Göttliches verehren und einsehen, daß, wenn es schwer ist, die Natur zu begreifen, es noch unendlich herber ist, den Staat zu fassen." (Rechtsphilosophie, Zusatz zu § 272.)

[439]) Vergl. oben S. 123 f.

[440]) Dieser Grundsatz ist keineswegs allgemein anerkannt. — Othmar Spann führt aus, Politik sei nicht staatlichen, sondern öffentlichen Charakters (Kurzgefaßtes System der Gesellschaftslehre Berlin 1924, S. 396). Ludwig Waldecker spricht von Politik auf dem bewegten Boden des gesellschaftlichen Lebens (Allgem. Staatslehre Berlin 1927 S. 313/314). Leopold von Wiese betont das Vorkommen politischen Handelns auch außerhalb des Staates (vergl. s. Ausführungen in dem von Chr. Eckert im Jahre 1923 herausgegebenen Taschenbuch für Kaufleute S. 195 bis 231).

Selbstbewußtsein und zur Freiheit seines Willens erwachte Volk" bezeichnen will, das sich selbst die Form gibt, die es zum Leben braucht[441]), so beweist und bewährt es dieses Selbstbewußtsein doch nicht allein in seiner Rechtsschöpfung, sondern vor allem auch in seinen politischen Gestaltungen.

Wenn wir die Idee des Politischen als ein Organisationsprinzip der staatlichen Gemeinschaft kennengelernt haben, so haben wir damit nur den Weg zu ihrer Wesensbestimmung gezeigt, aber noch nicht die Wesensbestimmung selber gewonnen. Wir verlangen jetzt zu erfahren, welcher Art denn dieses Organisationsprinzip sei, und wie es sich insbesondere von dem Organisationsprinzipe unterscheidet, das die Rechtsidee darstellt.

Das für die Begriffsbestimmung des Rechtes maßgebende Prinzip ist die Gerechtigkeit: Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen. Gerechtigkeit aber bedeutet Gleichheit, zwar nicht schematische Gleichheit, wohl aber Gleichheit im Verhältnis der Würdigkeit[442]). Sollen also bei der rechtlichen Gestaltung des sozialen Lebens nur Gleiche Gleiches erhalten, so darf die rechtliche Anordnung, die diesem Prinzipe dient, nicht bloß für einzelne Menschen und einzelne Fälle gelten, sondern muß sich in die Form einer allgemeingültigen[443]) Norm kleiden und zwar nicht nur deshalb, um von allen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft Anerkennung fordern zu können, sondern vor allem, um für jeden anderen gleichen Sachverhalt ebenso gegeben zu sein.

Anders liegen die Verhältnisse bei der praktischen Politik. — Die Idee des Politischen fordert nicht Gleichheit, sondern Zweckmäßigkeit schlechthin. Sie fordert nicht, daß die Einheit des Volkes mit dem Mittel der Gleichbehandlung der Gleichen ermöglicht werde, sie fordert bestmöglichste Erreichung dieses Zieles ohne Rücksicht auf eine evtl. Wesensgleichheit von Menschen und Fällen. Dieser Forderung kann nun auch die spezielle, d. h. auf den besonderen Fall zugeschnittene und nur für den besonderen Fall geltende Maßnahme entsprechen[444]). Dieser Forderung entspricht natürlich auch die im voraus aufgestellte, allgemein formulierte Regel[445]). Eine solche allgemeine politische Anordnung wäre dann zwar eine Norm, aber sie wäre keine

[441]) Julius Binder, Rechtsphilosophie S. 495/496.

[442]) So bereits Aristoteles im V. Buche der Nikomachischen Ethik.

[443]) Nicht generellen!

[444]) Da sich das rechtliche Wollen und Handeln bekanntlich nicht in dieser Form abspielen kann, so ist sie für die praktische Politik bezeichnend.

Ähnlich äußert sich Karl Schmitt in seiner Abhandlung „Über die Diktatur des Reichspräsidenten" (Veröffentlichungen der Vereinigung der Staatsrechtslehrer. Heft 1, 1924 S. 98).

[445]) Beispielsweise die Verwaltungsverordnung.

Rechtsnorm; sie könnte es nicht sein, weil sie ihre Allgemeinheit nicht dem Prinzipe der Gleichheit, sondern bloßer Zweckmäßigkeitserwägung verdankt.

In der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit haben wir zwar die spezifischen Prinzipien der Rechtswirklichkeit und der Wirklichkeit des politischen Lebens kennengelernt. In ihnen kann sich jedoch weder die Rechtsidee, noch die Idee des Politischen erschöpfen; denn beide sind im Grunde nur formale Kategorien. Sie bestimmen zwar die Form der Wirklichkeit, die auf sie bezogen ist, sie sagen aber nichts über ihre inhaltliche Gestaltung aus. So fordert zwar die Gerechtigkeit, daß Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden sollen, ihre Forderung enthält aber nichts darüber, was als gleich und was als ungleich zu gelten hat; die Zweckmäßigkeit gebietet zwar, menschliches Handeln in eine bestimmte Beziehung zu einem vorgestellten Erfolge zu setzen, bezeichnet aber die Art dieses Erfolges nicht näher. Diese Fragen können nur unter Gesichtspunkten beantwortet werden, die nicht aus diesen, sondern aus anderen Grundsätzen zu entnehmen sind. Und diese anderen Grundsätze ergeben sich nun, entsprechend dem oben schon festgestellten Zwecke des Rechtes und der Politik, die Organisation des Staates zu schaffen und zu erhalten, aus der Staatsidee.

Das Wollen und Handeln des Gesetzgebers und vor allem das des Politikers hat sich also ständig an der Idee des Staates, als der Idee einer Synthese von Mensch und Gemeinschaft auszurichten. Nicht individuelle Willkür noch ein kollektives Parteiinteresse dürfen ihnen die leitenden Prinzipien bei der Organisation des Staates sein; sie haben vielmehr die Kräfte des Volkes zu benutzen, um den Staat zu errichten, der einer universalen Idee entspricht, und in dem so gebildeten Staate die Idee lebendig zu erhalten, durch sie die Widerstände zu überwinden, den Staat zu lenken, und durch ihn die ewigen Aufgaben der Nation zu erfüllen. —

Nachdem wir die Wesensart der praktischen Politik kennen gelernt haben, wollen wir uns in großen Zügen vor Augen führen, in welcher Weise sie im Staatsleben in Erscheinung tritt, eingedenk dessen, daß ihre Gebiete auch die Gebiete „freien Ermessens" sind.

Es gibt in jedem Staate eine Reihe höchster, staatsleitender Akte, in denen das Wesen des Staates bestimmt und die Existenz des Staates durchgesetzt wird. Diese Akte — von der Rechtslehre unter dem Begriff „Regierung" zusammengefaßt[446]) — sind

[446]) Der Begriff „Regierung" ist in der Rechtslehre im Hinblick auf den Mangel einer rechtlichen Gebundenheit des Handelns entwickelt worden. Vergl. die Ausführungen auf S. 20.

als Gesetzgebungsakte Rechtshandlungen[447]), als unmittelbar auf den bestimmten Fall bezogene Anordnungen und Befehle ein Stück praktischer Politik. Nun fällt zwar die Gesetzgebung ihres formellen Charakters wegen dem Laien am stärksten in die Augen, tatsächlich aber sind die politischen Maßnahmen die gebräuchlichste Form der Regierung. Ermöglicht doch die Freiheit in der Anwendung der Mittel, die dem Handelnden hier vorbehalten ist, die Maßnahme völlig jenen individuellen Situationen anzupassen, in deren unaufhaltsamen Wandel sich der Staat behaupten muß.

Die Regierung zerlegt sich in zwei große Hauptressorts; die Staatsleitung nach außen und nach innen. Dementsprechend zerfällt die Regierungspolitik in Außenpolitik und Innenpolitik. Die erste — ein großer und wichtiger Teil aller Politik — hat die Sicherung guter Beziehungen zu auswärtigen Mächten zum Ziel, die letzte geht auf eine Regelung des Zusammenwirkens aller Staatsfunktionen im Innern. Umfaßt werden beide vom Tätigkeitsbereiche des Führers und Reichskanzlers. Er bestimmt die Richtlinien aller Politik.

Ebenso deutlich wie in der Regierung tritt die praktische Politik in einer weiteren Staatsfunktion, der „Verwaltung", in Erscheinung.

In der Verwaltung sind die verschiedensten Elemente vereinigt. Sie ist Gesetzgebung, wenn Rechtsverordnungen oder Statuten erlassen werden; sie ist Rechtsentscheidung, wenn im Wege obrigkeitlicher Aussprüche der einzelne Fall nach Rechtsnormen beurteilt wird; sie ist endlich praktische Politik, wenn ihre Organe nach Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit handeln. Gesetzgebung und Rechtsentscheidung sind freilich im Bereiche der Verwaltung Ausnahmeerscheinungen. Gesetze werden im wesentlichen von der Regierung erlassen; Rechtsentscheidungen fällt hauptsächlich der Richter. Verwaltung ist vor allem ein Handeln

---

[447]) Anderer Ansicht ist Stier-Somlo. Seiner Meinung nach ist „die schöpferisch gestaltende Tätigkeit, die auf Schaffung des Gesetzes hinauskommt, nichts weiter als politisches Handeln". (Politik S. 30.)

Diese Ansicht dürfte auf einer Verkennung des Wesens der Politik beruhen. Die Tatsache, daß irgendein Geschehen am Staatszwecke ausgerichtet ist, macht dieses Geschehen noch nicht zu einem politischen. Das Recht, die Erziehung, die Technik des Militärlebens, die Wissenschaft usw. sind beispielsweise alle am Zwecke des Staates orientiert. Deshalb bleiben sie doch Recht, Erziehung, Kriegskunst und Wissenschaft, werden aber nicht zur Politik. Wenn ein Geschehen ein politisches sein soll, dann muß es bekanntlich noch andere Voraussetzungen erfüllen. Es muß ein Handeln darstellen, das an der Idee der Zweckmäßigkeit orientiert ist. Das ist aber in allen diesen Fällen nicht gegeben. Erziehung (Bildung), Kriegskunst und Wissenschaft beziehen sich nicht auf ein Handeln, sondern auf ein Gestalten und Erkennen; das Recht aber und die auf seine Schaffung und Durchsetzung gerichteten Akte dienen garnicht der Idee der Zweckmäßigkeit, sondern der Idee der Gerechtigkeit.

nach politischer Zweckmäßigkeit. Diese Wesensart beruht auf der Natur ihrer Stellung:

Die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden ist großen Teils auf Erfolg, besser gesagt, auf Gewinn und Nutzen gerichtet. Die Macht des Staates soll mehr und mehr befestigt werden, das Staatsvermögen soll erhöht werden, der Verkehr soll verbessert werden, der allgemeine Wohlstand, die allgemeine Gesundheit sollen sich heben usw. Diese Erfolge müssen jedoch im bewegten Leben erkämpft werden, sie müssen dem Leben sozusagen abgerungen werden. Das ist nicht immer im Wege der Gleichbehandlung Gleicher erreichbar. Der Erfolg stellt sich vielfach nur ein, wenn man die natürlichen Besonderheiten einer Situation klug berücksichtigt, wenn man die Chance ausnutzt, die der Augenblick bietet. Die Verwaltung muß also in der Art ihres Vorgehens und in der Wahl ihres Mittels frei sein; sie muß eventuell inkonsequent sein dürfen, ohne damit die Gültigkeit ihrer Maßnahmen zu gefährden. Das ist aber nur dem politischen Handeln möglich. Der Gesetzgeber und der Richter können dem Staate nur durch Verwirklichung der Gerechtigkeit dienen. Der Politiker ist allein auf die Beobachtung des Prinzipes der Zweckmäßigkeit beschränkt[448]).

So bildet jeder einzelne Zweig der Verwaltung ein Gebiet der praktischen Politik. Die Verwaltungspolitik gliedert sich daher in so viele Teile, als es Verwaltungszweige gibt. Sie ist von einer Reichhaltigkeit ohnegleichen. Jeder einzelne Teil bildet leicht eine Welt für sich. Im Verwaltungsgebiete des Handels wird Handelspolitik, im Verwaltungsgebiet der Landwirtschaft Agrarpolitik getrieben; der Finanzbeamte treibt Finanzpolitik, der Justizverwaltungsbeamte Justizpolitik usw.

Bedeutsam ist endlich die Beziehung zwischen Rechtspflege und praktischer Politik.

Treitschke[449]) hat einmal gesagt, daß alle Rechtspflege eine politische Tätigkeit sei. Dieser Ausspruch ist im wesentlichen zutreffend. Das eigentliche Urteil ist zwar ein Rechtsakt[450]); die Vorbereitung dieses Urteils und seine Vollstreckung, die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen durch die Strafgerichte, die Vornahme gewisser Maßnahmen in der „freiwilligen Gerichtsbarkeit" usw. sind aber politische Angelegenheiten ersten Ranges.

Es ist erstaunlich, daß gerade dieses Verbreitungsgebiet der praktischen Politik bis in die neueste Zeit hinein unentdeckt geblieben ist. Glaubt man denn, daß die Feststellung und Überführung des Verbrechers eine Funktion von Rechtsnormen sei?

---

448) Vergl. im übrigen unsere Ausführungen auf S. 48 f. der Arbeit.

449) Heinrich von Treitschke, Politik 2. Bd. 4. Aufl. S. 414.

450) Das läßt sich auch von vielen, aber nicht von allen „Beschlüssen" behaupten. Der Beschluß ist in manchen Fällen nur ein „Entschluß", eine „Verfügung".

Glaubt man denn, daß die Leitung eines bestimmten Prozesses von Rechtsnormen wahrgenommen würde? Oder ist man etwa der Ansicht, daß in der Unterbringung und Behandlung von Strafgefangenen und in der zweckmäßigen Durchführung einer zivilen Zwangsvollstreckung die Rechtsnormen und damit das Recht eine besondersartige Verkörperung gefunden hätte? Eine einfache Überlegung sollte eines anderen belehren.

Diese Gegebenheiten stellen größtenteils keine Einzelhandlungen dar. Sie bilden eine Kette von Einzelhandlungen, deren Glieder untereinander in einem Zweckzusammenhange stehen. Sie sind „Verfahren". Als solche haben sie keinen rechtlichen, sondern politischen Charakter.

Das Recht ist bekanntlich ein Inbegriff von Rechtsnormen. Die Rechtsnormen aber kennzeichnen sich gegenüber der Stetigkeit eines Verfahrens als diskontinuierlich. Sie bezeichnen immer nur die besondere Handlung, den bestimmten Erfolg, allgemein gesagt, immer nur Teilstücke eines Ablaufes ineinander verfließender Bewegungen und Handlungen, niemals vermögen sie jedoch dem Ablauf selbst mit allen seinen unvorhersehbaren Wendungen Gestalt zu geben[451]). Daher kann er auch nicht aus ihnen entnommen und in der Form eines Rechtsspruches gegen den Willen der Beteiligten durchgesetzt werden.

Das konstituierende Prinzip jener verschiedenen, der Rechtspflege dienenden Verfahren kann also nicht das Prinzip des Rechtes sein; denn dieses Prinzip gebietet die Aufstellung fester Normen und ist deshalb nicht fähig, ein bewegtes Verfahren zu bedingen. Das ist nur solchen Prinzipien möglich, die für das Handeln eines Menschen richtunggebend sind, ohne doch eine bestimmte Form dieses Handelns zu fordern. Ein leitender Grundsatz in diesem Sinne ist die Idee des Politischen. Diese Idee ist es nun auch, die jene Rechtspflegeverfahren in Bewegung setzt. Sie gebietet dem berufenen Staatsorgan kategorisch ein zweckmäßiges Handeln, zweckmäßig im Hinblick auf die Sicherung des Rechtes und seiner Wirksamkeit[452]), lebt dann weiter in jenem Geschehen, das ihr gehorchend in die Welt gesetzt wurde, und macht es so zu einem politischen Geschehen.

Der politische Charakter von Einzelmaßnahmen auf dem Gebiete der Rechtspflege ist ebenso begründet wie der politische Charakter von Einzelmaßnahmen der Regierungs- und Verwaltungsbehörden. Das zuständige Staatsorgan sucht mit

[451]) Die Mathematik kann hingegen in ihren Formeln dem Kontinuum Ausdruck geben. Man denke nur an die Bezeichnung arithmetischer Reihen. Diese Kontinua sind freilich homogen, d. h. gleichförmig. Der Ablauf eines Prozesses vollzieht sich aber nicht gleichförmig, sondern ungleichförmig. Jede seiner einzelnen Phasen trägt ihr individuelles Gepräge.

[452]) Die Rechtssicherheit ist also im Gegensatz zur Rechtsgewißheit ein politischer Wert und kein Rechtswert. Radbruch hat diesem Begriff einen anderen Inhalt gegeben. Vergl. Anm. 289 a.

seiner Handlung im Interesse des Staates einen bestimmten Lebenserfolg zu erzielen. Schaden soll wiedergutgemacht, Verbrecher sollen gebessert, die Gemeinschaft vor ihnen gesichert werden, Vermögensverhältnisse sollen geordnet, Erbhöfe geschaffen und erhalten, die Erbgesundheit erhöht werden. Die Verwirklichung dieser Absichten erfordert ein Eingehen auf die unvorhersehbaren Besonderheiten des Einzelfalles. Was in einem Falle beispielsweise die Besserung eines Verbrechers bewirkt, kann in einem anderen gerade seine Verschlechterung zur Folge haben, was in einem Falle dem Bestande des Erbhofes nicht schadet, kann in einem anderen Falle seinen wirtschaftlichen Verfall zur Folge haben usw. Hier muß die Methode der Gleichbehandlung versagen. Zum Ziele führt lediglich die politische Erwägung der Zweckmäßigkeit; denn sie ermöglicht es, sich mit der Eigengesetzlichkeit des natürlichen Sachverhaltes auseinanderzusetzen.

Über die politischen Erscheinungen auf dem Gebiete der Rechtspflege sei zusammenfassend folgendes gesagt:

Die praktische Politik tritt im Gebiete der Rechtspflege am deutlichsten in den verschiedenen Ermittlungsverfahren zur Aufklärung strafbarer Handlungen, in den Prozessen selbst und in den Verfahren zur Vollstreckung der Urteile in Erscheinung. Politischer Natur sind weiterhin die mit der Rechtsentscheidung des Strafrichters verknüpften Anordnungen von Nebenerfolgen und die Anordnung bestimmter Maßnahmen der Sicherung und Besserung. Von den Nebenfolgen sind besonders zu nennen: Die Buße, die Einziehung, die Veröffentlichungsbefugnis. Die wichtigsten Sicherungsmaßnahmen, die von den Gerichten getroffen werden, sind die Sicherungsverwahrung, die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte[453]), die Erklärung des Verlustes von öffentlichen Ämtern, die Aberkennung der Fähigkeit, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden. Hervorgehoben seien noch die Maßnahmen, deren Anordnung durch die Polizei, deren Zulässigkeitserklärung aber durch die Gerichte erfolgt. Es sind im einzelnen: die Polizeiaufsicht, die Überweisung an die Landespolizeibehörde und die Reichsverweisung. Schließlich sind auch sehr viele Maßnahmen auf dem Gebiete der „freiwilligen Gerichtsbarkeit" politische Maßnahmen. Man denke nur an die Fürsorgemaßnahmen des Vormundschaftsgerichts, die Maßnahmen zur Entschuldung und Durchführung von Konkursen des Konkursgerichtes, die Maßnahmen zur Erhaltung von Erbhöfen durch das Anerbengericht, die Maßnahmen zur Erhöhung der Erbgesundheit durch das Erbgesundheitsgericht usw. usw.

*

[453]) Über den Charakter der Aberkennung herrscht Streit. Thomsen hält — ebenso wie wir — die Aberkennung für eine Sicherungsmaßnahme. Vergl. Andreas Thomsen, Das deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1906 S. 191.

Ohne im einzelnen nach Vollständigkeit zu streben, haben wir das Handeln der Staatsbeamten auf das Gegebensein politischer Elemente untersucht. Insbesondere haben wir uns bemüht, die Erscheinungsformen der praktischen Politik von den Erscheinungsformen des Rechtes, Rechtssetzung und Rechtsentscheidung, abzugrenzen. An den Ergebnissen dieser Untersuchung kann uns die Tatsache nicht irremachen, daß sich das Recht jenem politischen Geschehen in Form der Staatsverfassung, der Verwaltungsgesetze, der Prozeßordnungen usw. zuwendet und auf seine äußere Gestaltung in manchen Punkten einen Einfluß auszuüben sucht[454]).

Der Sinn eines Geschehens wird nicht durch seine äußere Form, sondern durch seinen inneren, geistigen Gehalt bestimmt. Wie wir schon mehrfach hervorgehoben haben[455]), besteht der innere Gehalt behördlichen Handelns, das nicht Rechtssetzung oder Rechtsentscheidung ist, sondern nur irgendwie vom Rechte betroffen wird, nicht in der Beziehung auf die Rechtsidee. Er kann nicht darin bestehen; denn jenes Handeln wird von ihr gar nicht unmittelbar gefordert. Der Gehalt dieses Geschehens wird vielmehr von der Idee des Politischen bestimmt. Sie tritt als Aufgabe jedem Glied des Staatswesens, dem Staatsmann wie dem Richter und Verwaltungsbeamten gegenüber und kommt wiederum in seinem Wollen und Streben mehr oder weniger deutlich zum Ausdruck. —

e) Das freie Ermessen ein vom Recht nicht positiv geregeltes Handeln.

Das „freie Ermessen" ist von uns als ein schöpferisches politisches Handeln näher bestimmt worden. Zu dieser Begriffsbestimmung haben wir uns veranlaßt gesehen, weil die Ungewißheit der so gekennzeichneten Sachverhalte dem Rechtspraktiker problematisch erscheinen muß. Wenn wir den Umfang des Ermessensbegriffes nunmehr endgültig auf jene Fälle schöpferischen Handelns beschränken, die vom Recht nicht positiv geregelt sind, so geschieht das aus folgenden weiteren Gründen:

Jene schöpferisch-politischen Akte, die neben die eigentlichen Rechtsakte — Gesetzgebung und Rechtsentscheidung — mit dem Anspruch auf Geltung treten und ihrerseits auf den Gang und die

---

[454]) Das Recht begnügt sich damit, nur die äußere Form des ihm unterworfenen Verhaltens zu bestimmen; denn es erstrebt ja auch nur eine äußere Gemeinschaft der Menschen. Die politischen Maßnahmen, denen bekanntlich das gleiche Ziel gesetzt ist, fordern auch bloß äußeren Gehorsam, auf die Gesinnung des Menschen suchen sie keinen Einfluß auszuüben, und können es auch nicht. —

[455]) Vergl. die Ausführungen auf S. 50, 88 f. und 142 f.

Gestaltung des Gemeinschaftslebens einen Einfluß auszuüben suchen, haben sich wiederum in formaler Übereinstimmung mit den Vorschriften des Rechtes zu halten[456]).

Wenn nun ein Rechtspraktiker bei seiner Berufsausübung jenen Sachverhalten begegnet, so sucht er sie nicht etwa in ihrer lebendigen politischen Wirklichkeit zu begreifen; er fragt lediglich nach dieser Übereinstimmung mit den Rechtsnormen. Sein ganzes Interesse an irgendwelchen Regierungsakten, behördlichen und richterlichen Maßnahmen, besteht also darin, ob sie rechtmäßig sind, ob sie dem Rechte — der Verfassung, den Verwaltungsgesetzen, den Prozeßordnungen — entsprechen[457]).

Diese rechtliche Bewertung läßt sich überall dort mit Sicherheit vornehmen, wo das schöpferisch-politische Handeln eines Beamten mit irgendwelchen positiven rechtlichen Anordnungen im Einklang stehen soll. Anders liegt die Sache aber dann, wenn die Rechtsordnung den Beamten ausdrücklich oder stillschweigend sich selbst überläßt. Hier kann man im Einzelfalle über die Beantwortung der Frage, ob eine Rechtsnormbetroffenheit des Sachverhaltes vorliegt und welcher Art sie ist, oder ob ein Handeln im rechtsleeren Raume gegeben ist, doch sehr im Zweifel sein. Diese Zweifel sind nun der Grund dafür, daß wir

---

[456]) Die Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen ist dem handelnden Staatsorgane in jenen Fällen zur (politischen) Pflicht gemacht. Diese Pflicht beruht aber nicht etwa darauf, daß das (politisch) Zweckmäßige auch immer Recht wäre, sondern darauf, daß das Recht, eben weil es sich nicht auf dem schwankenden Boden der Zweckmäßigkeit erhebt, eminent zweckmäßig ist.

Selbstverständlich sind Fälle denkbar, wo die politische Pflicht vom Beamten gerade fordert, die Rechtsordnung nicht zu beachten. Beispiele dafür sind die sog. politischen Prozesse aller Zeiten. Hier hat man sich immer aus Zweckmäßigkeitserwägungen heraus über die geltenden gesetzlichen Bestimmungen mehr oder weniger hinweggesetzt. Für diese Fälle gibt es keine prinzipielle Lösung. —

Man könnte zunächst glauben, daß die Rechtsbestimmung im Konfliktsfall vorzugehen habe. Diese Auffassung übersieht jedoch, daß auch das Recht nur eine Seite des Volks- und Staatslebens darstellt und sich seinerseits dem für alles Menschliche geltenden Gesetz der Relativität ein- und unterordnen muß. Es kann nun einmal nicht verlangen, daß seine Anforderungen allen anderen unbedingt vorangehen. Es kann nicht beanspruchen, daß es sich auf Kosten aller anderen ideellen Interessen durchsetzt. Denen aber, die an einen absoluten Vorrang der Politik glauben, sei die Frage vorgelegt: Meinen Sie, daß ein Staat bestehen kann und nicht vielmehr vernichtet werde, in dem Recht und Gesetz durch Zweckmäßigkeitserwägungen beliebig außer Kraft gesetzt werden können? —

[457]) Der Rechtsmensch hat es niemals mit der sozialen Wirklichkeit des Lebens als solcher zu tun. Als Jurist ist sein Interesse auf den Gehalt der Rechtsnormen beschränkt, als Rechtspraktiker sieht er den gegebenen Fall immer nur in seiner rechtlichen Bedeutsamkeit. (Vergl. die Ausführungen auf S. 93 f.) Die Berufsgewohnheit, von der Fülle des Lebens abzusehen, führt den Rechtsmenschen allmählich dahin, das Leben in der Mannigfaltigkeit seiner Erscheinungsformen überhaupt nicht mehr zu sehen. Die sprichwörtlich gewordene „Lebensfremdheit des Juristen" findet so ihre Erklärung.

uns jene Sachverhalte im Wege der Begriffsbildung ins Bewußtsein zu heben suchen.

*

Mit der oben näher bezeichneten Aufstellung des letzteren Begriffsmerkmales „freien Ermessens" haben wir endlich Gewißheit über die Eigenart und damit auch Gewißheit über die Erscheinungsformen der einzelnen Ermessensfälle gewonnen[458]).

„Freies Ermessen" ist ein schöpferisches Handeln der Staatsbehörden, das zwar dem Rechte unterworfen ist, rechtlich aber aus irgendeinem Grunde nicht normiert wurde. Mit diesem Inhalt ist es in der Praxis des Staatslebens überall da gegeben, wo es an einer positiven rechtlichen Regelung fehlt. —

Ist „Ordnung" die von einer bestimmten Idee geforderte Art der Verbindung des Einzelnen zu einem Ganzen[459]) und der Staat nichts anderes als ein lebendiges Ganzes[460]), so ist das Recht als „Ordnung des sozialen Lebens" eine Daseinsbedingung des Staates. Die Menschen bestehen als Staat, d. h. als Einheit einer unendlichen Vielheit im Rechte und durch das Recht.

Dieses Verhältnis von Staat und Recht ist freilich nicht so aufzufassen, wie es der Liberalismus tat. Der Staat ist nicht dadurch gerechtfertigt, daß er der „Willkür" seiner Organe Schranken des Rechtes zieht und so die „Freiheitssphäre" seiner Bürger garantiert. Es ist vielmehr eine Notwendigkeit, die seinem eigenen Wesen entspringt, sich eine Ordnung in Form von Rechtssätzen zu geben und in Übereinstimmung mit ihr zu leben, ebenso wie es eine Notwendigkeit seines Wesens ist, eine politische Ordnung zu schaffen und sich daran auszurichten[461])[462]).

Ist aber der Staat selbst wie jede seiner Lebensäußerungen ohne Recht undenkbar, so ist auch jede Willensbetätigung seiner Organe ohne Recht undenkbar. Ist doch das Staatsorgan nicht etwas dem Staate Beigegebenes und daher Fremdes, es existiert und funktioniert nur durch den Staat und ist so ein Teil seiner vom Rechte mitgeschaffenen Persönlichkeit.

Von dieser Erkenntnis darf man sich jedoch nicht zu der Annahme verleiten lassen, das Recht regele alles organschaftliche Handeln in positiver Weise. Das ist nicht der Fall.

Teilweise ist dieses Handeln einer rechtlichen Regelung überhaupt nicht unterworfen. Beispiele dafür sind alle jene Staats-

[458]) Die Erscheinungsformen „freien Ermessens" können in diesem Zusammenhange freilich nur angedeutet, nicht aber erschöpfend festgestellt werden. Das muß einer Sonderarbeit vorbehalten bleiben.

[459]) Ähnlich Jhering in „Recht und Sitte" S. 227.

[460]) Vergl. oben S. 123.

[461]) Vergl. Binder, System der Rechtsphilosophie S. 234.

[462]) Es gibt keinen Staat, der ohne das Recht, und keinen, der bloß mit dem Rechte ausgereicht hätte.

akte, die, wie die Gesetzgebung, auf eine rechtliche Neuordnung des Staatslebens abzielen, oder, wie die Begnadigung, einen Ausgleich zwischen den Forderungen der Rechtsordnung und denen anderer Gemeinschaftsordnungen erstreben, und die zur Erfüllung dieser Aufgaben aus dem Bereiche der alten — im Rechte gegebenen — Staatsordnung heraustreten müssen[463]).

In all den anderen Fällen aber, wo es sich um eine Betätigung der Staatsorgane im Rahmen einer gesetzlich bereits begründeten Ordnung handelt, braucht die rechtliche Regelung, die diese Betätigung zu erfahren hat, durchaus keine positive zu sein. Die universale Geschlossenheit der rechtlichen Organisation wird auch dadurch gewahrt, daß der Gesetzgeber gewisse Gebiete des staatlichen Lebens nur negativ, d. h. durch Ausschluß von Rechtswirkungen regelt; denn auch in diesen Fällen hat er die Verbindung eines Einzelnen zum Ganzen gewollt, ihre Ausgestaltung jedoch außerrechtlichen und zwar politischen Prinzipien überlassen[464]).

Diese Annexion von Teilen eines fremden Vernunftgebietes[465]) ist dem Rechte nur deshalb möglich, weil die Politik bei aller Verschiedenheit ihres Inhaltes mit dem Rechte doch das letzte Ziel gemeinsam hat, die Formen des staatlichen Gemeinschaftslebens zu schaffen und zu erhalten[466]). Sie ist also in der Lage, auf Anforderung hin das Recht bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen. Freilich kann die Politik das nur mit ihren Mitteln tun. Sie soll es sogar; denn alle vom Recht in negativer Weise geregelten Handlungen beruhen auf Voraussetzungen von so starker naturalistischer Eigenart, daß keine allgemeingültige Regel, sondern nur die am Prinzip der Zweckmäßigkeit orientierte, singuläre politische Maßnahme ihnen „gerecht" zu werden vermag[467]).

Eine negative rechtliche Regelung staatsbehördlichen Handelns kommt nun zunächst im Schweigen des Gesetzes zum Ausdruck.

Die bloße äußere Erscheinung dieses Schweigens berechtigt freilich noch nicht zu dem Schlusse, daß der Einzelne nach außerrechtlichen Prinzipien handeln darf. Schweigen ist vieldeutig. Man hat daher in seinem Falle zu fragen, aus welchen Gründen eine nähere gesetzliche Regelung unterblieben ist. Manchmal wird

---

463) Vergl. dazu unsere Ausführungen auf S. 136 ff.

464) Die sog. „rechtsleeren Räume" im Staatsleben sind also im strengen Sinne kein rechtlich ungeregeltes, sondern ein rechtlich im negativen Sinne, durch Verneinung jeder Rechtsfolge geregeltes Tatsachengebiet.

465) Ihr entspricht auf der anderen Seite die politische Verpflichtung der Staatsbehörden, sich in Übereinstimmung mit dem Rechte zu halten. Vergl. oben Anm. 456.

466) Vergl. die Ausführungen auf S. 149 f. der Arbeit.

467) Man kann also wohl im Hinblick auf diese Fälle von einer „normativen Kraft des Faktischen" sprechen.

nun eine Prüfung dieser Frage zu dem Ergebnis führen, daß der Gesetzgeber durch sein Schweigen zum Ausdruck bringen wollte, ihm sei ein Tätigwerden überhaupt unerwünscht. In solchen Fällen liegt eine positive, wenn auch nicht ausdrücklich formulierte Anordnung vor, die der Einzelne befolgen soll. Ist jedoch ein solcher ausschließender Wille nicht erkennbar, und das wird die Regel sein, dann kann der Mensch wirken und handeln, wie es ihm notwendig und zweckmäßig erscheint.

Eine stillschweigende Disposition des Gesetzgebers im negativen Sinne betrifft das Staatsleben in verschiedenem Umfange.

Besonders deutlich ist sie dort, wo ganze Gebiete von gesetzlichen Regeln unberührt geblieben sind. Man denke in diesem Zusammenhange an die rechtliche Behandlung der „Regierung". Sowohl der Erlaß der eigentlich staatsleitenden Akte im Innern als auch die Gestaltung auswärtiger Beziehungen des Staates sind vom Recht in so geringem Umfange positiv geregelt, daß in diesen Betätigungsgebieten ganze Bereiche ausschließlich von politischen Grundsätzen beherrscht werden. Aber nicht nur die Ausübung der eigentlichen Staatsführung ist zum Teil rechtlich unbestimmt gelassen, im Dasein des Staates gibt es auch eine Reihe untergeordneter Funktionen, in die das Recht einzugreifen mit guten Gründen unterlassen hat. Erinnern wir uns hier an den Spielraum, den die Verwaltungstätigkeit des Staates auf dem Gebiete der Organisationsgewalt[468]) besitzt, an die freie Regelung der Gemeindeangelegenheiten[469]), denken wir ferner an die freie Wohlfahrtspflege der N.S.V. usw.

Weniger in die Augen fallend als die negative rechtliche Regelung ganzer Gebiete, aber desto häufiger ist die negative rechtliche Regelung bestimmter Maßnahmen im Staatsleben. Der Gesetzgeber beschränkt seine Anordnungen hier wie anderwärts häufig genug auf einzelne Handlungen, die Ausgestaltung anderer überläßt er stillschweigend dem freien Spiel der politischen Kräfte. Wir erleben das naturgemäß besonders stark auf dem Gebiete der Justiz; denn wir sind an eine intensive rechtliche Regelung ihrer Sachverhalte gewöhnt. Aber auch in allen anderen Teilen des Staatslebens gibt es Handlungen der zuständigen Organe, die von keiner positiven Rechtsregel betroffen werden.

Folgende Beispiele mögen das veranschaulichen:

Nach § 3 der Ersten Verordnung über den Wiederaufbau des Reiches vom 2. 2. 34 bedürfen Landesgesetze der Zustimmung des zuständigen Reichsministers. Vom Gesetze unbeantwortet ist jedoch die weitere Frage geblieben, wer die Gesetze bei dem zuständigen Reichsminister zwecks Einholung der Zustimmung vor-

[468]) Über den Begriff der Organisationsgewalt vergl. Hatscheck, Lehrbuch des Verwaltungsrechtes, S. 65.

[469]) Vergl. § 3 Abs. 1 der deutschen Gemeindeordnung.

zulegen hat. Der Gesetzgeber hat damit jenen der Rechtssetzung dienenden Akt[470]) den Zweckmäßigkeitserwägungen der zuständigen Landesbehörde überlassen. Der zuständigen Landesbehörde (Regierung) ist damit die Möglichkeit gegeben, dem Reichsminister ihren Gesetzesvorschlag selbst zu unterbreiten, und zwar mit oder ohne Einverständnis des Reichsstatthalters, oder, die Vorlage dem Reichsstatthalter zu überlassen. — Der Erlaß einer Gemeindesatzung ist in den §§ 3, 33 und 55 der Deutschen Gemeindeordnung abschließend geregelt. Während nun der Gesetzgeber im § 55 Ziff. 4 der G.O. die Beratung des Satzungsentwurfs mit den Gemeinderäten ausdrücklich angeordnet hat, ist die Beantwortung der weiteren Frage, in welcher Weise der Satzungsentwurf vorbereitet wird, von ihm stillschweigend den politischen Zweckmäßigkeitserwägungen des Bürgermeisters anheimgegeben. Der Bürgermeister kann mithin selbst tätig werden, irgendeinen Gemeindebeamten oder gar einen Beirat (§ 58 der G.O.) damit betrauen. Der Bearbeiter kann wiederum durch eigene Überlegungen, durch Rundfrage bei Stadtverwaltungen, durch Anfrage beim Gemeindetag, in oder ohne Zusammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde die nötigen Feststellungen treffen. — Dem in § 1 des Gesetzes vom 5. Juli 1934[471]) bezeichneten Personenkreis soll im Wege der Sonderfürsorge eine Kleinrentnerhilfe gewährt werden. Die Auslösung dieser Rechtswirkung ist nun nach § 2 dieses Gesetzes in Verbindung mit § 2 Abs. 1 der R.Gr.[472]) von einem besonderen Antrage nicht abhängig. Da zur Ergänzung dieser gesetzlichen Bestimmung keine weiteren Rechtsregeln aufgestellt worden sind, bleibt es dem Bezirksfürsorgeverband überlassen, das nötige Feststellungsverfahren nach freiem Ermessen einzuleiten. Öffentliche Aufforderung zur Stellung von Anträgen, Versendung von Rundschreiben und Fragebogen, Vorladung bestimmter Personen zur Dienststelle, Auskunfteinholung bei der N.S.V. sind Maßnahmen, die sich evtl. in diesem Zusammenhange als zweckmäßig erweisen könnten. — Hat sich im ersten Verhandlungstermine vorm Landgericht für den Beklagten niemand gemeldet und ist auch der Anwalt des Klägers ausgeblieben, so kann das Gericht nicht nach § 251 a Z.P.O. verfahren; denn es kann — vom Fall der öffentlichen Zustellung abgesehen — nicht wissen, ob die Klage zugestellt, ob also der Prozeß überhaupt rechtshängig geworden ist. Da keine gesetzliche Bestimmung diese Sachlage betrifft, so kann das Gericht nach freiem Ermessen handeln. Es kann insbesondere von Amts wegen neuen Termin bestimmen, es kann aber auch völlig passiv bleiben. Entschließt es sich zu letzterem, so kann es den

---

[470]) Die Rechtssetzung selbst als eine an der Idee der Gerechtigkeit orientierte Willensbetätigung bleibt hier außer Betracht. Vergl. S. 136.

[471]) Das Gesetz über Kleinrentnerhilfe vom 5. Juli 1934.

[472]) Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge von 1924 in der Fassung von 1931.

Protokollführer einen entsprechenden Vermerk machen lassen oder den Beschluß verkünden: Es soll nichts veranlaßt werden. — Sollen in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit über das Gegebensein bestimmter Tatsachen Zeugen gehört werden, so ist das Gericht im Hinblick auf § 15 F.G.G. zwar nicht in der Durchführung der Zeugenvernehmung frei, wohl aber in ihrer Vorbereitung; denn in dieser Beziehung fehlt es an einer gesetzlichen Bestimmung. Es kann also aus Zweckmäßigkeitsgründen einen Beweisbeschluß erlassen, kann aber auch darauf verzichten. Es kann das persönliche Erscheinen der Beteiligten anordnen oder die Anwesenheit der Beteiligten verbieten. Es kann schließlich Bevollmächtigte der Beteiligten von der bevorstehenden Beweisaufnahme benachrichtigen oder nicht[473]). — Die Todesstrafe wird nach § 4 des Preußischen Gesetzes vom 1. August 1933 grundsätzlich durch das Beil vollstreckt. Über die Vorbereitung dieser Vollstreckung sagt § 4 Abs. 3 dieses Gesetzes nur, daß alle daran beteiligten Beamten über die bevorstehende Hinrichtung strengstes Stillschweigen zu bewahren haben. Die diesem Zwecke dienenden Maßnahmen überläßt das Gesetz stillschweigend dem Ermessen der Vollstreckungsorgane. Es ist ihnen damit insbesondere überlassen, wann sie dem Delinquenten die getroffene Entschließung des Staatsoberhauptes hinsichtlich der Ausübung des Gnadenrechtes und die bevorstehende Hinrichtung mitteilen[474]).

Am wenigsten beachtet, aber vom Rechte wohl am meisten geübt, ist die stillschweigende Verweisung einzelner behördlicher Verhaltungsweisen an die außerrechtlichen Forderungen der politischen Idee. — Fast eine jede menschliche Maßnahme ist ein komplexes Gebilde. Sie setzt sich aus mehreren einzelnen Willensäußerungen zusammen, die ihrerseits wiederum durch den Zweck, dem sie dienen, zu einer Einheit zusammengefaßt werden. Nun ist eine bestimmte Maßnahme selten genug in der Vielheit ihrer einzelnen Bestandteile das Objekt positiv-rechtlicher Wertung. Der Gesetzgeber bezeichnet in vielen Fällen nur ihren verbindenden Zweck und stempelt seine Erfüllung zu einer rechtlichen Aufgabe, die Feststellung des Inhaltes der dazu notwendigen Willensäußerungen überläßt er stillschweigend einer außerrechtlichen Gesetzgebung.

---

[473]) Außer einigen allgemeinen Grundsätzen gibt es in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur wenige Verfahrensvorschriften von allgemeiner Bedeutung. Das erklärt sich daraus, daß das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit möglichst beweglich sein soll. Außerdem haben die einzelnen Verfahrensarten der freiwilligen Gerichtsbarkeit einen so verschiedenen Inhalt, daß sich aus diesem Grunde die Einzelheiten des Verfahrens nicht einheitlich regeln lassen.

[474]) Unseres Wissens ist für Preußen angeordnet, daß diese Mitteilung 12 Std. vor der Hinrichtung zu erfolgen hat. Über die Zweckmäßigkeit dieser Festsetzung läßt sich streiten.

Beispiele finden sich dafür in allen Teilen des Staatslebens in reichem Maße.

Nach Art. 1 des Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24. 3. 33 können Reichsgesetze auch durch die Regierung beschlossen werden. Über die Art dieser Beschlußfassung ist nichts näheres gesagt. Sie ist damit dem Ermessen der Regierung anheimgestellt. — Die Verbände und Einrichtungen der freien Wohlfahrtspflege sind nach § 19 der (Pr.) Ausf.Vo. zur Vo. über Fürsorgepflicht vom 13. 2. 1924 in möglichst weitem Umfange an der Fürsorge zu beteiligen. Die Art und der Umfang dieser Beteiligung ist von den staatlichen Fürsorgestellen nach politischen Grundsätzen festzustellen. — § 102 St.P.O. ermächtigt die Strafverfolgungsbehörden zur Durchsuchung von Wohnungen. Welche Einzelaktionen zu diesem Zweck vorzunehmen sind, bestimmt der mit ihrer Durchführung betraute Beamte. — Die Aufrechterhaltung der Ordnung in einer Gerichtssitzung liegt nach § 176 G.V.G. dem Vorsitzenden ob. In welcher Weise er diese rechtliche Aufgabe erfüllt, bestimmen die Forderungen der politischen Idee. Diese aber empfangen wiederum ihren Inhalt durch die besondere Lage, in der sich der Richter befindet. —

Eine negative rechtliche Regelung staatsbehördlichen Handelns trifft der Gesetzgeber aber nicht nur stillschweigend; er erläßt sie auch in ausdrücklicher Form. Das zeigen mit Deutlichkeit die Kann- und Darfbestimmungen der Rechtsordnung und alle jene Rechtssätze, die den Beamten unmittelbar auf politische Prinzipien verweisen.

Was oben über die Notwendigkeit der Sinnermittlung gesetzgeberischen Schweigens gesagt ist, gilt hier entsprechend. Zwar lassen Kann- und Darfvorschriften kaum Zweifel an einer Bezugnahme des Gesetzgebers auf behördliches Ermessen zu, jene Rechtssätze aber, die einen erst im Vernunftgebiet der Politik festzusetzenden Pflichtgehalt besitzen, sind oft als solche schwer zu erkennen. Hier müssen alle Mittel der Auslegungstechnik in den Dienst der Gesetzanwendung gestellt werden. Oft weist uns freilich schon eine typische Formulierung von Rechtssätzen oder Rechtssatzbestandteilen darauf hin, daß der Gesetzgeber in ihrem Falle eine Regelung nach politischen Grundsätzen gewollt hat. Zu nennen wären hier Wortbezeichnungen wie: „öffentliches Interesse", „Sicherheit und Ordnung", „Zweckmäßigkeit", „Bedürfnis", „Gemeinwohl, „Angemessenheit", „freies Ermessen" u. a. m.[475]).

Eine ausdrückliche rechtliche Regelung im negativen Sinne betrifft nun das Staatsleben in verschiedener Form und in verschiedenem Umfange.

[475]) Auch Ernst Rudolf Huber stellt in seiner Schrift „Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts" auf S. 47 fest, daß diese und ähnliche Worte Begriffe bezeichnen, die ihren Inhalt erst erhalten, wenn sie im Geiste der maßgebenden politischen Anschauungen gebildet werden.

Wir können in dieser Beziehung zunächst feststellen, daß der Gesetzgeber den Willen zu negativer Regelung am häufigsten indirekt zum Ausdruck bringt. Und zwar tut er das in folgender Weise:

Er verleiht den Staatsorganen rechtliche Befugnisse und gibt mit dieser Verleihung zu erkennen, daß er eine zweckentsprechende, d. h. den politischen Zwecken entsprechende Wahrnehmung dieser Befugnisse erwarte. Der Umfang, in dem die Politik in diesen Fällen vom Rechte sanktioniert ist, ist jeweils verschieden. Immer ist die Art des Verhaltens rechtlich bestimmt. In vielen Fällen sind auch seine Voraussetzungen näher bezeichnet, dem handelnden Organe aber überlassen, aus besonderen politischen Gründen auf ein Vorgehen zu verzichten. Manchmal soll es aber auch Sache des Staatsorganes sein, die Voraussetzungen des im Gesetze näher bezeichneten Verhaltens ganz und gar nach politischen Gesichtspunkten zu bestimmen. Die Befugnisse werden gewöhnlich in Form von Kann- und Darf-Bestimmungen erteilt. Sie werden aber oftmals auch in Wortverbindungen eingekleidet wie: „die Behörde ist befugt und berechtigt", „der Behörde ist gestattet oder erlaubt" u. a. mehr. Als Beispiele wären hier im einzelnen zu nennen: § 3 Abs. 1 des Reichsstatthaltergesetzes, § 14 der deutschen Gemeindeordnung, § 3 der Verordnung zum Schutze des deutschen Volkes vom 4. 2. 1933, § 38 St.G.B., § 135 St.P.O., § 154 St.P.O., § 164 St.P.O., § 822 Z.P.O., § 142 F.G.G., § 1 (8) des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses.

Eine negative Regelung des Staatslebens durch die Rechtsordnung ist indirekt auch da gegeben, wo einem Staatsorgane die Möglichkeit gegeben ist, unter bestimmten Voraussetzungen zwischen mehreren im Gesetze näher bezeichneten Verhaltensweisen zu wählen. Es ist ihm hier zur Pflicht gemacht, die zweckmäßigste der im Gesetz genannten Maßnahmen zu ergreifen. Beispiele dafür bieten: § 49 Abs. 1 des Wassergesetzes vom 7. 4. 1913, § 61 P.V.G., § 170 St.P.O., § 230 Abs. 2 St.P.O., § 12 Abs. 1 und 6 des Preußischen Strafvollstreckungs- und Gnadenrechtes, § 118a Abs. 2 Z.P.O., § 251 Abs. 2 Z.P.O., § 310 Z.P.O., § 759 Z.P.O., § 47 der Grdb.O.

Wenn der Gesetzgeber schon einmal ausdrücklich eine negative Regelung staatsbehördlichen Handelns trifft, so tut er das, wie wir sahen, meistenteils in indirekter Form. In verschiedenen, ihm wichtig erscheinenden Fällen sieht er sich jedoch veranlaßt, diesen Willen direkt zum Ausdruck zu bringen. Eine direkte Regelung dieser Art betrifft nun das Staatsleben in verschiedenem Umfange:

Ihre markanteste Form zeigt sie in den Fällen, wo sie als „Generalklausel" die Staatsbehörden bezüglich ganzer Komplexe ihres Handelns zur Erfüllung politischer Pflichten zu bestimmen sucht. Es ist deshalb nicht erstaunlich, daß sie gerade in

dieser Einkleidung bisher ein besonderes wissenschaftliches Interesse gefunden hat. Die Eigenart dieser rechtlichen Regelung hat man freilich nie richtig erkannt und ihre Bedeutung für das Staatsleben vielfach überschätzt. Nicht irgendein unbestimmter rechtlicher Gehalt verbirgt sich in ihnen, sondern ein Stück fremden Vernunftgebietes, das rechtlich in sehr bestimmter Weise annektiert wurde. Der Bedeutung nach überragt diese Form einer negativen rechtlichen Regelung keineswegs alle anderen. Ihr Vorkommen ist spärlich, das freie Ermessen, das sie gewährt, seinem Umfange nach gering. Kennzeichnet doch die „Generalklausel" nur im allgemeinen die Richtung, in der die Beamten tätig sein dürfen. Keineswegs aber ist aus ihr zu entnehmen, daß lediglich das freie Ermessen über die Art und Wahl der zu ergreifenden Maßnahmen zu entscheiden hat. Sie bleiben vielmehr insoweit an die sich sonst aus dem Gesetze ergebenden Beschränkungen gebunden. Beispiele für „Generalklauseln" sind folgende gesetzliche Bestimmungen: Art. 56 der Reichsverfassung[476]), § 1 des Reichsstatthaltergesetzes, § 2 der deutschen Gemeindeordnung, § 1 der Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge vom 4. 12. 24, § 204 A.O., § 14 P.V.G., § 163 St.P.O., § 1034 Abs. 2 Z.P.O., § 1837 B.G.B., § 74 F.G.G.

Im Unterschiede von diesen umfassenden Regelungen des Staatslebens trifft der Gesetzgeber eine Regelung gleicher Art für den besonderen Fall, wenn er anordnet, daß der Beamte in bestimmter Situation aus dem Bewußtsein der in ihm lebendigen Grundsätze politischen Denkens zu handeln hat. Von solchen direkten Anordnungen politischen Handelns treffen wir im Rahmen der Rechtsordnung eine Fülle einzelner Arten an. Als Typen sind folgende erwähnenswert:

Der Gesetzgeber bestimmt das Handeln der Behörden in positiver Weise, stellt aber die Bestimmung seiner Voraussetzungen ganz oder teilweise ihrem freien Ermessen anheim. Beispiele dafür sind: § 5 des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums, § 193 A.O., § 17 P.V.G., § 73 Abs. 2 St.P.O., § 203 St.P.O., § 20 Abs. 2 S. 2 des Preußischen Strafvollstreckungs- und Gnadenrechtes vom 1. August 1933, § 391 Z.P.O., § 758 Z.P.O., § 91 Grdb.O., § 37 Abs. 2 des Reichserbhofgesetzes.

Der Gesetzgeber bestimmt die Voraussetzungen des Handelns in positiver Weise, stellt aber seine Ausgestaltung selbst ganz oder teilweise dem freien Ermessen der Behörden anheim. Beispiele dafür sind: § 197 A.O., § 8 des Reichsgesetzes betreffend die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten vom 30. 6. 1900, § 6 der Durchf.V.O. zum Waffengebrauchsgesetz vom 7. 3. 1935,

---

[476]) Wir sind der Ansicht, daß die Bestimmungen der Reichsverfassung auch nach dem 30. 1. 1933 ihre rechtsverbindliche Kraft behalten haben, es sei denn, sie seien durch neues Verfassungsrecht ausdrücklich außer Kraft gesetzt. Ebenso Nikolai, Der Neubau des Reiches, S. 32 ff.

§ 118 i. Verb. m. § 117 St.P.O., § 160 St.P.O., § 5 Abs. 2 S. 2 des Preuß. Strafv.- und Gnadenrechtes, § 364 Abs. 4 Z.P.O., § 938 Z.P.O., § 1665 B.G.B., § 105 Abs. 2 K.O.

Die Bestimmung der Voraussetzung des Handelns und die Ausgestaltung dieses Handelns selbst ist in einem besonderen Falle vom Gesetzgeber ganz oder teilweise dem freien Ermessen der Staatsbehörden anheimgestellt. Beispiele dafür sind: § 129 Abs. 5 S. 2 des Vereinszollgesetzes, § 5 Abs. 2 des Jugendgerichtsgesetzes, § 152 Abs. 2 St.P.O., § 165 St.P.O., § 14 des Preuß. Strafv.- und Gnadenrechtes, § 499 b Abs. 3 Z.P.O., § 883 Z.P.O., § 1666 Abs. 1 B.G.B., § 12 Abs. 3 der 1. D.V.O. zum Reichserbhofgesetz, § 12 F.G.G.

*

Die stufenweise erlangte Erkenntnis vom Begriffsinhalt „freien Ermessens" ermöglichte uns die Feststellung der einzelnen, ihm untergeordneten Sachverhalte. Damit aber gewinnen wir nun auch Klarheit über die Beantwortung der viel erörterten Frage, in welchem Umfange jene Sachverhalte einer richterlichen Beurteilung unterworfen sind.

Wenn der berufene Staatsbeamte über Lebenserscheinungen eine rechtliche Entscheidung fällt, dann tut er das nicht nach einfacher Kenntnisnahme, sondern nach einer Bewertung ihrer einzelnen Tatsachen. Dieser Bewertung legt er die Maßstäbe zugrunde, die in den Forderungen des Gesetzes gegeben sind[477]). Das ganze Interesse, das er an dieser oder jener behördlichen Maßnahme zu nehmen hat, beschränkt sich also auf die Feststellung, ob sie „richtig" ist, ob sie dem Rechte entspricht, der Norm, die die Gemeinschaft für das Leben in der Gemeinschaft gibt, und die ihrerseits wiederum durch die Idee ermöglicht wird. So erhebt sich der wahre Urteiler über den ihm vorliegenden Fall. Er kennt kein Ansehen der Person. Die Menschen, die vor ihm auftreten, sind nicht bestimmte Personen, sondern erscheinen ihm in der Maske von Rechtsbrechern, Vertragsparteien, Beamten, Handlungsgehilfen, Klägern, Beklagten, Angeklagten, Zeugen. Und die farbenreiche Wirklichkeit des gesellschaftlichen Lebens verblaßt unter seinem Auge zu den skizzenhaften Bildern der im Gesetze festgestellten Tatbestände[478]).

Wenn wir nun feststellen wollen, in welchem Umfange das behördliche Handeln in den Ermessensfällen einer richterlichen Nachprüfung unterworfen ist, so haben wir also nach dem Rechtsgehalte der dafür geltenden Normen zu fragen. In seinen Grenzen ist allein eine Nachprüfung und damit dann eine Korrektur der Sachverhalte vom Rechtsstandpunkte aus gegeben.

[477]) Die Funktion des Gesetzes, das Richtmaß des Lebens zu sein, kommt in der Wortbezeichnung „Norm" zum Ausdruck.

[478]) Vergl. unsere Ausführungen auf den Seiten 93 f u. 157 der Arbeit.

Es ist bereits oben[479]) ausgeführt, braucht daher in diesem Zusammenhange nur angedeutet zu werden, daß die Ermessensnorm das Staatsleben im negativen Sinne regelt. Sie bestimmt die Staatsbeamten zu politischem Handeln und verzichtet damit auf eine eigene Feststellung seiner Voraussetzung und Gestalt. Dementsprechend darf der Richter oder der zum Urteil berufene Verwaltungsmann die Sachverhalte „freien Ermessens" nur darauf prüfen, ob der Beamte sein Handeln[480]) überhaupt an der Idee des Politischen ausgerichtet hat. Die weitere Frage, ob er politisch „richtig" gehandelt hat[481]), will sagen, ob er die Anforderungen der Idee verstanden und den gegebenen Verhältnissen Rechnung getragen hat, ist seiner Beantwortung n i c h t anheimgegeben; denn insoweit ist die Gesetzgebung des Handelns nicht im Rechte, sondern in einem anderen Vernunftgebiet enthalten.

Erweist es sich hiermit, daß der Richter eine Beurteilung freien Ermessens auf seinen Wertgehalt hin nicht vornehmen darf, so zeigen weitere Überlegungen, daß er dazu auch nicht in der Lage ist.

Adolf Glasbrenner hat einmal mit Beziehung auf die Ideologie politischer Parteien gesagt:

„Über Parteien in der Luft steht niemand.
Zwischen den Kämpfern
Lauft ihr Narren umher, sichere Opfer
Der Schlacht."

Mit diesen Worten hat er einer wenig verbreiteten Erkenntnis Ausdruck gegeben. Es ist die Erkenntnis der Unüberprüfbarkeit politischen Denkens und Wirkens.

Jede Politik, mag sie nun von Parteien oder von einzelnen Menschen betrieben werden, mag sie im großen oder im kleinen Kreise wirken wollen, ist keiner festen Norm, keinem Dogma unterworfen. Sie ist Betätigung des Willens aus dem Bewußtsein einer I d e e. In dieser Wesensart ist sie jedem Urteil, jeder eigentlichen Entscheidung entzogen. Fehlen doch gültige Maßstäbe, an denen sie sich ausrichten könnte. Die Kritik politischen Wirkens ist daher in Wahrheit eine Parteinahme. Sie bezeugt Freundschaft oder Feindschaft, Liebe oder Haß, zum mindesten Zustimmung oder Ablehnung. Sie weiß aber nichts von jener leidenschaftslosen Erhabenheit des Richterspruches[482]).

---

[479]) S. 159 der Arbeit.

[480]) In der Erscheinungsform von „Tun" oder „Unterlassen".

[481]) Wie aus dem oben S. 147 f. Ausgeführten hervorgeht, ist der Begriff der Politik nicht identisch mit dem Begriff des politischen Wertes. Politik ist eine Gegebenheit, die den Sinn hat, der politischen Idee zu dienen. Gleichgültig ist, ob sie das erfolgreich tut oder nicht. Die Politik einer Zeit umfaßt also nicht nur Errungenschaften und Erfolge, sondern auch Verirrungen und Fehler.

[482]) Ähnlich Freytag-Loringhoven in der Deutschen Juristen-Zeitung von 1936 S. 405.

Damit wollen wir in politischen Dingen keinem haltlosen Skeptizismus das Wort reden. Es mag ein jeder kraftvoll nach dem Werte streben. Aber wir glauben nicht daran, daß menschliche Weisheit sich jemals über dieses Ringen erheben kann. Nur jene göttliche Gewalt ist dessen fähig, die über Völkern und Menschen stehend in der Geschichte sich offenbart. „Die Weltgeschichte ist das Weltgericht“[483])!

[483]) Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 136.

C. Schluß.

Die Bedeutung der Erziehung für eine richtige Ausübung freien Ermessens.

Wir sind am Ende unserer Betrachtungen angelangt. Sie umfassen das Ermessensproblem in weitem Ringe. Die wichtigsten Lehrmeinungen über den Begriff des „freien Ermessens" wurden im Zusammenhange zur Darstellung gebracht, ihr Inhalt einer grundsätzlichen Prüfung unterworfen. Diese Prüfung führte im Ergebnis zur Ablehnung. Die Ablehnung wiederum zwang zur Bildung einer eigenen Meinung. Sie wurde wie alle großen und kleinen Entdeckungen der Menschheit zunächst intuitiv gewonnen, dann durch verstandesmäßige Überlegungen gefestigt und schließlich durch Hinweis auf ihre bedeutsamsten Konsequenzen verdeutlicht.

Unserem Gefallen an ideellen Werten entsprang der Gedanke einer Wertbeziehung des „freien Ermessens". Er hat unsere Betrachtungen auf all den eben bezeichneten Wegen geleitet. Mit einem Blick auf ihn wollen wir nun von dieser Erscheinung Abschied nehmen.

Das Handeln nach freiem Ermessen ist eine Form menschlichen Kulturlebens und kann wie alles Kulturleben nur aus seiner Idee begriffen werden. Mag die naturwissenschaftlich orientierte Aufklärung, ihre Begründer und deren Epigonen, immer nach den Gesetzen dieser Erscheinung suchen. Ihre Forschung wird bestenfalls die psychologische oder die soziologische, nicht aber die geistige Seite der Ermessensausübung beleuchten. Diese erschließt sich nur der wertbeziehenden Haltung, jener Haltung, in der die Erkenntnis lebt, daß das Ermessen nicht ein Stück Natur, insbesondere nicht ein psychologischer oder soziologischer Tatbestand von starker Eigengesetzlichkeit ist, mit dem sich Recht und Kultur auseinanderzusetzen haben, die das Ermessen vielmehr in einem Kulturzusammenhange sieht, die auf dem Bewußtsein beruht, daß es selbst ein Stück Kultur, ein Stück jener Geisteswelt ist, wo die Werte, wo das Sollen herrscht, wo die objektive Vernunft in Ideen der Menschheit ewige Aufgaben stellt.

Dieses Wissen um den Kulturwert des freien Ermessens muß aber nicht nur den Wissenschaftler bei seinen Betrachtungen geleiten und seiner methodischen Forschung Ziel und Richtung geben. Es muß auch im Praktiker lebendig werden, es muß sein Streben und Handeln erfüllen. Nur dann können wir hoffen, daß er sein freies Ermessen in richtiger Weise ausüben wird.

Der Weg, der ihn zu diesem Wissen führt, kann nur der Weg zu sich selber sein. Der handelnde Mensch muß sich selbst als Persönlichkeit erkennen. Er muß die wertblinde Selbstbetonung der Individualität mit der werthaltigen Selbstbetonung der Persönlichkeit vertauschen.

Die Natur hat uns mit einer Fülle von Fähigkeiten ausgestattet. Regungen, Wünsche, Stimmungen und Eindrücke treiben uns an und treiben uns um uns herum. Ein Gemisch von Wohlwollen und Abneigung, von Neid und Gutmütigkeit, von Sinnengier und Begeisterungsfähigkeit schäumt und wallt in uns. Wir sind ebenso leicht gerührt wie verführt. Heute treiben wir im Flutstrom dieses, morgen jenes Wunsches. Und wie wir uns jeweils getrieben fühlen, so wollen wir auch leben und handeln. Was ist nun von all diesen Kräften, von all ihren Wirkungen wertvoll? Nichts, wenn sie nicht zusammengefaßt werden von einem einheitgebietenden Willen, der seinerseits wiederum eingefordert wird von Ideen und ihren Aufgaben. Jene Ideen erheben sich über unsere individuellen Anlagen, über unsere Fähigkeiten, unsere Launen, Grillen und Sonderheiten. Sie erheben sich auch über die Verhältnisse, die uns umgeben, über die Geschicke, die uns begegnen. Mit der Kraft eines Schöpferwortes wandeln sie unsere Stellung, unser Amt in einen Beruf, darin wir uns stetig machen in Pflicht, Liebe und Treue. Damit aber wandeln sie letzten Endes auch uns selbst. Gehorchen wir ihrem Ruf, dann werden wir ein Ich, das schöpferisch über sich hinaus bewegt wird von seinem Werke, seiner Aufgabe, seinem Berufe. Ihr geistiger Gehalt tritt in das Leben ein, erhebt es aus dem Schatten des Vergänglichen in das Licht des Ewigen und verleiht uns selbst die Würde der Persönlichkeit.

Wer vermag nun diesen Geistesweg zu sich selber zu finden, wer vermag ihn zu gehen? Nur wenige werden sich von selbst dazu berufen fühlen. Eine Unzahl anderer wird in Selbstsucht und Triebhaftigkeit verharren. Der Seelenaugenblick wird sie bestimmen, der Zufall wird sie beherrschen, die Willkür ihr blindes Spiel mit ihnen treiben. Ihr „freies Ermessen" wird ihr freies Belieben sein, ihr Wollen und Handeln nur der Ausdruck ihrer natürlichen Artung. Hier tut Hilfe not. Sie zu leisten, ist eine der vornehmsten Aufgaben des Staatsmannes.

Ein blinder Individualismus eines großen Teiles der Volksgenossen, insbesondere aber eines großen Teiles der Staatsbe-

amten muß den Staat zerstören. Ist er doch nur die äußere Zusammenfassung von Menschen, die sich um Ideen und Werte geschart haben. Er muß daher zerfallen, wenn jene Vernunftgemeinschaft zerfällt, er muß untergehen, wenn sich die meisten seiner Mitglieder nicht mehr als Brüder einer geistigen Gemeinschaft fühlen. So erscheint es als die erste und wichtigste Pflicht des Staatsmannes, den Einzelnen aus seinem Naturzustande zu reißen und in ihm den Sinn für die kategorialen Aufgaben zu wecken, die ihn zum Glied der menschlichen Gemeinschaft machen. Nur dadurch vermag er den Staat zu erhalten und zu fördern, der seiner Führung anvertraut ist.

Man möchte nun annehmen, daß dem Staatsmann mit dem Gesetze ein geeignetes Mittel zu diesem Zwecke in die Hand gegeben ist. Diese Auffassung ist jedoch nicht zutreffend. Das Gesetz fordert Gehorsam, nicht Treue, es erheischt Anerkennung, nicht Liebe, es will nicht verpflichten, sondern bestimmen. Es überläßt seine Befolgung nicht freier Einsicht. In seinem Gefolge geht der Zwang. In dieser Eigenart vermag es wohl die geistige Gemeinschaft einer Nation in ihrer äußeren Erscheinungsform zu bestimmen[484]); es vermag aber diese Gemeinschaft nicht selbst zu bilden oder zu ihrer Bildung anzuregen. Nur so erklärt es sich dann auch, daß manche Nationen mit schlechten Gesetzen und deshalb schlechter Staatsform in der Geschichte zur Macht gelangen und ihre Blüte erhalten konnten, während andere trotz trefflicher Gesetze untergegangen sind. Es ist eben in gewisser Weise leichter, formalen bürokratischen Staatsgesetzen zu gehorchen, als daß man pflichttreu seinem Führer folgt. Der staatliche Gehorsam ist mit Erfolg zu nutzen. Man gibt ihn hin wie eine Münze, erhält dafür den Schutz des Staates und tut im übrigen, was man will. Ein Mensch, der so denkt, „hält" sich gewissermaßen den Staat, um mit seiner Hilfe im eigenen Wohl voranzukommen. Er ist gewiß selbstsüchtig und pflichtlos. Und doch umfaßt ihn die Rechtsordnung wie jeden anderen.

Nicht der Befehl des Gesetzgebers kann also zuchtvolle Staatsgesinnung und ideenerfüllte Vaterlandsliebe geben. Ebensowenig kann eine andere äußere Maßnahme das erreichen. Nur das Vorleben dieser geistigen Haltung mit seiner innerlich zwingenden Kraft ist dessen fähig. Es gibt dem Menschen die Maßstäbe an die Hand, an denen er sein Denken und Handeln ausrichten kann, es erfüllt seine Vorstellung mit Bildern, die ihn zur Nachgestaltung auffordern, und schafft so die Vorbedingung, daß das Erlebnis der Persönlichkeit die Seelen begnade. Aus dieser Erkenntnis erwächst nun dem Staatsmann die Pflicht, die in Geschichte und Gegenwart gegebenen Vorbilder dem Einzel-

[484]) „Die rauhe Hülse um den Kern des Lebens und nichts weiter ist der Staat. Er ist die Mauer um den Garten menschlicher Blumen und Früchte."
Hölderlin, Hyperion.

nen nahe zu bringen, sie ihm einzuhämmern. Das gegebene Mittel zu diesem Zwecke ist die Erziehung.

Diese Aufgabe hat der Staatsmann im zweiten Reiche nicht begriffen. Es ist nicht zweifelhaft, daß er den Niedergang des deutschen Volkes dadurch gefördert hat. Zwar trat es in der ersten Zeit des Krieges dem Feindbund in geschlossener Front entgegen. Diese Front aber war nicht eine Front im Geiste, sie war erwachsen aus gemeinsamer Begeisterung und gemeinsamer Not. Sie zerfiel, als die Begeisterung verflogen war, sie zerbrach, als die Not so groß wurde, daß scheinbar nur noch der Einzelne Aussicht auf Rettung hatte. Unter dem Eindruck dieses geschichtlichen Vorganges wird der Staatsmann im heutigen Deutschen Reiche das Mittel der Erziehung bewußt in den Dienst der Volkseinheit stellen. Er wird ganz anders als der frühere Staat das Bewußtsein pflegen, daß alle die Wertstrebungen, die in der deutschen Geschichte zum Ausdruck kommen, auch mitten in unserem Wesen stehen sollen. Er wird die in den Formen des Rechtes, der Wirtschaft, der Politik, den Ordnungen des wissenschaftlichen und künstlerischen Lebens wesende Gemeinschaftsgeistigkeit gleichsam als Vorposten in unsere Seelen werfen, damit sie jenen Gestaltungsdrang in uns wecke, der sich in Hingabe an Ideen und Werte erschöpft, und der uns alle — Lebendige und Tote — in eine unsterbliche Kette eingliedert.

Die auf eine Wandlung des Ichgefühls gerichtete Erziehung wird den Beamten auch zum Verständnis jener Aufgaben führen, die ihn in seinem freien Ermessen gegeben sind. Sie lehrt ihn erkennen, daß triebhaftes Handeln in den Schranken der Gesetze auf einer Verkennung seines Berufes als wertschaffender Politiker beruht, daß nur ein geistiges Schaffen, daß über bloße Gesetzesbefolgung hinausgeht, seinem idealen Sinn entspricht. Mit dieser Erkenntnis aber naht seine Geistesstunde. Wird er ihrem Rufe folgen? Versagt er sich ihm, so bleibt er ein triebhafter Mensch. Sagt er ja, dann bejaht sich ein unendliches Leben in ihm. Es webt um seine Aufgabe, ob groß oder klein, ein großes stilles Leuchten. Nicht, daß sich eine selbständige Idee von einem Himmel auf ihn herabsenkte, sondern seine ganz schlichte, im Tagesleben geborene Aufgabe erhebt sich aus den Bezirken des Engbegrenzten ins Grenzenlose[485]).

---

[485]) Vgl. H. Schwarz, Systemdarstellung.

Lebenslauf.

Am 18. März 1909 wurde ich in Burg Bez. Magdeburg als Sohn des Obersteuerinspektors Emil Burckhardt und seiner Ehefrau Marie geb. Fuhrmeister geboren und daselbst im evangelischen Glauben getauft.

Von Ostern 1915 bis Ostern 1918 besuchte ich die Mittelschule und die Vorschule des Luisen-Lyzeums, daran anschließend das Staatliche Viktoria-Realgymnasium in Burg. Dort legte ich am 12. März 1928 die Reifeprüfung ab.

Im April 1928 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft. Ich studierte auf den Universitäten Freiburg i. Br., Jena, Berlin und Halle. Am 29. Juni 1933 bestand ich vor dem Juristischen Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Naumburg a. S. die Erste Juristische Staatsprüfung.

Seit dem 1. August 1933 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst.

Die Anregung zur wissenschaftlichen Bearbeitung des Ermessensproblems gab mir Herr Professor Dr. Schwinge in Marburg. Die Beurteilung dieser Arbeit erfolgte durch Herrn Professor Dr. Wegner, Halle.

Ich danke an dieser Stelle beiden Herren für die Förderung und Unterstützung, die ich durch sie zu Gunsten meiner Dissertation erfahren habe. Herrn Professor Wegner danke ich insbesondere für die liebenswürdige Bereitwilligkeit, mit der er nach Abberufung von Professor Schwinge das Referat über meine Arbeit übernommen hat.